
INTERTEMAS: Revista da Toledo Prudente

Volume 23

2018

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiricá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Antonio Carlos Segatto (UEM)
Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)
Claudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas)
Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)
Gustavo René Nicolau (Universidade de Chicago)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFSM)
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
William Santos Ferreira (PUC-SP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 23 – 2018

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2017. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1. Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR	5
HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA DIATÓPICA: UM DIÁLOGO ENTRE PIERRE BOURDIEU E ROBERT VACHON	6
Felipe Rodolfo de Carvalho	6
DOMINAÇÃO, RACIONALIZAÇÃO E POSITIVAÇÃO: PARA UMA BREVE CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO MODERNO	20
André Simões Chacon Bruno	20
FINKELSTEIN E STERN E O CONCEITO DE REGRA EM WITTGENSTEIN	39
Ana Carolina Greco Paes	39
DISCRICIONARIEDADE, HARMONIA E INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES: O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS	50
Carla Roberta Ferreira Destro	50
A NEUTRALIDADE DE REDE E A LIMITAÇÃO DE DADOS	63
Wéverton Gabriel Gomes Flumignan	63
O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO DIREITO COMPARADO E A MÁSCARA TRAGICÔMICA DAS CÓPIAS NA INDÚSTRIA DA MODA	73
Raquel Gomes Arantes	73
A PRIMAZIA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA JURISDICIONAL	95
Fábio Dias da Silva	95
A RESPONSABILIDADE CIVIL E O “CASO SAMARCO”: A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS MINEIRO	109
Gabriel Teixeira Santos	109
Lohan Henrique Silva	109
Juliana Piantcoski Martins	109
CRÉDITOS DOS MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE COM PRIVILÉGIO ESPECIAL – TRATAMENTO DADO PELA LEI COMPLEMENTAR 147/2014	119
Jadir Rafael da Silva Filho	119
Edson Freitas de Oliveira	119
DUTY TO MITIGATE THE LOSS	131
Thainá Mayumi Carducci Nabeta	131
Márcio Augusto Friggi de Carvalho	141
REFLEXÕES SOBRE O JOGO E A RACIONALIDADE ECONÔMICA NA COLABORAÇÃO PREMIADA	149
Luis roberto Gomes	149
O FEMINISMO COMO FERRAMENTA DE POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE E PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE GÊNERO	165
- Considerações sobre a Lei Maria da Penha e o Feminicídio –	165
Amanda Corrêa da Silva	165
Guilherme Bittencourt Marins	165

DIREITO PENAL DO INIMIGO: SELETIVIDADE PENAL: UM MUNDO DIVIDIDO – CIDADÃOS DE BEM <i>VERSUS</i> DESVIANTES/INIMIGOS	174
Maísa Balconi da Mata.....	174
Cláudio Ribeiro Lopes.....	174
DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O ENSINO DO DIREITO INTERNACIONAL: RUPTURA E NOVO PARADIGMA DO ENSINO UNIVERSITÁRIO	183
Marina Feferbaum.....	183
Denise Almeida de Andrade.....	183

NOTA AO LEITOR

A Revista *Intertemas*, a revista jurídica do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, chega em sua 23ª edição apresentando ao público artigos científicos que abordam uma ampla gama de diferentes assuntos, problemas e desafios enfrentados pelo direito contemporâneo.

Podemos reconhecer nos trabalhos publicados nesta edição um grande pluralismo temático, tendo em vista que há artigos que versam sobre as mais diversas áreas, como: a Filosofia e a Teoria Geral do Direito, com um trabalho que aborda a caracterização e a problematização do Direito moderno a partir da sociologia de Max Weber e da jusfilosofia de Hans Kelsen, outro no qual vislumbra-se a apresentação das contribuições para o Direito que podem ser encontradas na obra de Ludwig Wittgenstein, e também um ensaio sobre hermenêutica, no qual há a promoção de um diálogo entre Pierre Bourdieu e Robert Vachon; o Direito Penal, com um trabalho no qual há a discussão sobre o feminismo como uma importante ferramenta no combate e prevenção da violência doméstica e de gênero no Brasil, e também um trabalho sobre a colaboração premiada; o Direito Administrativo, com um ensaio no qual é colocado sob análise a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários; e, por fim, o Direito Civil, com temas que giram em torno do direito da propriedade industrial no âmbito da indústria da moda, sobre o tratamento dado pela Lei Complementar 147/2014 no que tange aos créditos dos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte e também sobre o “*duty do mitigate the loss*”, isto é, sobre o dever de mitigar a perda ou o prejuízo.

Convidamos os leitores a lerem os trabalhos desta edição e a exercerem o pensamento crítico-reflexivo, verdadeiro imperativo ético para todo jurista preocupado com a situação contemporânea. As urgências do tempo presente nos apresentam um quadro geral de desestímulo do ensino e da reflexão crítica, da linha tendencial de precarização da educação e das instituições de ensino superior, de aumento dos já há muito alarmantes índices de violência encontrados nas grandes e pequenas metrópoles, no aumento vertiginoso dos índices de pobreza e da desigualdade social, somente para citar alguns dos problemas mais prementes em nosso país.

No entanto, é preciso não esmorecer e procurar contribuir na resolução dos problemas e no enfrentamento de todos estes desafios, algo que certamente ecoa nos textos presentes nesta edição. Desejamos, desta forma, a todos e todas, uma ótima leitura!

André Simões Chacon Bruno

Londrina, 9 de maio de 2019.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA DIATÓPICA: UM DIÁLOGO ENTRE PIERRE BOURDIEU E ROBERT VACHON

Felipe Rodolfo de CARVALHO¹

RESUMO: Este artigo pretende oferecer uma inusitada aproximação entre Pierre Bourdieu e Robert Vachon. Enquanto o primeiro está preocupado em fazer uma análise crítico-descritiva do modo de funcionamento do direito ocidental moderno, o segundo está focado em pensar como culturas diferentes podem dialogar entre si. De que modo as perspectivas tão díspares de ambos os autores podem mutuamente se fecundar? A pesquisa é baseada em material bibliográfico e vale-se tanto do método analítico quanto do método dialógico. Na primeira parte, apresenta o pensamento de Pierre Bourdieu sobre o direito, em especial sua exposição acerca do trabalho jurídico de construção de uma ordem simbólica; na segunda, apresenta a reflexão de Robert Vachon sobre o tema do pluralismo jurídico, com destaque para suas teses em torno da hermenêutica diatópica e da abordagem dialógica; na terceira, tenta responder à pergunta colocada, enfatizando os possíveis benefícios desse diálogo para o direito moderno ocidental, em especial para a sua hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: codificação; hermenêutica jurídica; hermenêutica diatópica; abordagem dialógica.

ABSTRACT: This article intends to offer an unusual approach between Pierre Bourdieu and Robert Vachon. While the former is concerned with making a critique-descriptive analysis of the mode of functioning of modern Western law, the latter is focused on thinking how different cultures can establish a dialogue. How can these perspectives complement each other? The research is based on bibliographic material and uses both the analytical method and the dialogical method. In the first part, it presents the thought of Pierre Bourdieu on the law, especially his exposition about the juridical work of constructing a symbolic order; in the second, it presents Robert Vachon's reflection on the theme of legal pluralism, with emphasis on his theses on diatopic hermeneutics and the dialogical approach; in the third, it tries to answer the question posed, emphasizing the possible benefits of this dialogue for modern Western law, especially for its legal hermeneutics.

Keywords: codification; legal hermeneutics; diatopical hermeneutics; dialogic approach.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco o pensamento de dois autores muito diferentes entre si: Pierre Bourdieu e Robert Vachon. Suas preocupações não são de todo coincidentes. Pode-se dizer que Pierre Bourdieu, ao analisar o direito, está concentrado em fazer muito mais uma análise crítico-descritiva do seu respectivo modo de funcionamento. Robert Vachon está detido, por outro lado, em pensar como culturas jurídicas diferentes podem dialogar entre si. De que modo as perspectivas tão díspares de ambos os autores podem mutuamente se fecundar? É justamente essa pergunta que se encontra no cerne deste trabalho.

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP. Atualmente, é Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e do UNIVAG – Centro Universitário. *E-mail:* feliperodolfodecarvalho@hotmail.com.

Com o objetivo de respondê-la, o trabalho está organizado em três partes: na primeira, apresenta o pensamento de Pierre Bourdieu sobre o direito, em especial sua exposição acerca do trabalho jurídico de construção de uma ordem simbólica; na segunda, apresenta a reflexão de Robert Vachon sobre o tema do pluralismo jurídico, com destaque para suas teses em torno da hermenêutica diatópica e da abordagem dialogal; na terceira, tenta responder à pergunta colocada, enfatizando os possíveis benefícios desse diálogo para o direito moderno ocidental, em especial para a hermenêutica jurídica moldada dentro dos seus quadros.

O TRABALHO JURÍDICO DE CONSTRUÇÃO DE UMA ORDEM SIMBÓLICA – AS ANÁLISES DE PIERRE BOURDIEU

As análises de Pierre Bourdieu sobre o direito têm o mérito não tanto de oferecer alternativas ou propostas originais sobre como lidar cientificamente com o fenômeno jurídico; antes, é a descrição atenta e pontual acerca do funcionamento das práticas e dos discursos jurídicos presentes no contexto europeu ocidental que parece expressar o grande valor da parcela de sua obra dedicada à questão do direito.

Desde logo, Pierre Bourdieu se preocupa em se apartar de duas tendências dominantes no debate científico acerca do direito: por um lado, ele se afasta do *formalismo*, cujo maior representante seria Hans Kelsen (cf. 2009) e que afirmaria a “autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social” (BOURDIEU, 1989, p. 209); por outro, ele se afasta do *instrumentalismo*, próprio aos marxistas (cf., v. g., PACHUKANIS, 1988), que conceberia o direito “como um *reflexo* ou um *utensílio* ao serviço dos dominantes” (BOURDIEU, 1989, p. 209). Se é certo, para o autor, que pressões externas atuam sobre o campo jurídico, é certo também que esse mesmo campo jurídico detém uma relativa autonomia que o torna capaz de operar independentemente de tais constrangimentos. O campo jurídico funcionaria de acordo com uma lógica própria, determinada por conflitos de competência que lhe são internos, assim como por um “espaço de possíveis” delimitado pela obra dos juristas, que definiria os limites dentro dos quais os conflitos de competência podem ocorrer (cf. BOURDIEU, 1989, p. 211).

Para o autor, os conflitos de competência nada mais são do que uma concorrência em torno do *monopólio de dizer o direito*, isto é, em torno de uma espécie de capacidade social e técnica reconhecida para *interpretar* os corpos de textos que expressam a visão legítima e justa do mundo social. Quanto mais os conflitos se agudizam, mais contribuem para uma espécie de cisão entre os “competentes” e os “não-competentes”: entre os “profissionais” e os “profanos”. Paralela e conseqüentemente, suscitam um trabalho científico de racionalização jurídica cada mais crescente, fazendo com que o sistema de normas jurídicas apareça como fundamentado e construído coerentemente, o que contribui para dissimular as relações de força que lhe subjazem.

O resultado desse processo de racionalização é que apenas alguns se tornam capazes de dizer o direito, ou seja, de atribuir sentido aos textos jurídicos. Entre os competentes, no entanto, instala-se uma luta, que é a luta pelo poder de violência simbólica, ou, noutras palavras, a luta que visa a determinar quais das apropriações de sentido tiradas dos textos jurídicos deve prevalecer. Os conflitos de competência se refletem, assim, numa disputa centrada no monopólio do poder de apropriar a força simbólica existente nos textos jurídicos em estado potencial (cf. BOURDIEU, 1989, p. 212-213).

Os conflitos de competência não ocorrem, contudo, livremente. Em primeiro lugar, eles são controlados, à medida que sucedem dentro de instâncias hierárquicas destinadas a resolvê-los. Essas instâncias, que são instâncias decisórias, são elas próprias, por sua vez, compelidas a emitir suas decisões apresentando-as como fruto de uma interpretação regida por textos jurídicos reconhecidos generalizadamente. As decisões precisam aparecer, nesse sentido, como resultado necessário da obediência a um processo codificado de resolução de conflitos. Tudo deve proceder como se a luta em torno do poder de dizer o direito e a sua resolução acontecesse em quadros estritamente racionais, dentro dos quais a linguagem da personalidade e a linguagem dos interesses particulares não têm cabimento. Daí o emprego de vários recursos, como os da *apriorização*, da *neutralização* e da *universalização*.

A *apriorização* aponta para uma retórica da impessoalidade, em que toda construção jurídica parece decorrer de uma operação racional, o que acontece, por exemplo, quando se eleva categorias jurídicas originariamente situadas e interessadas ao patamar de categorias lógico-rationais. A *neutralização*, que já é um efeito da própria apriorização, é corroborada pela construção de textos normativos e de análises dogmáticas empreendidas por autores que parecem ser um sujeito universal, imparcial e objetivo. Finalmente, a *universalização* dá-se por meio de diversos expedientes utilizados para indicar uma pretensa generalidade e omnitemporalidade das regras jurídicas (a começar com a preocupação com os tempos e modos verbais adequados para redigi-las) e dos valores que elas expressam (BOURDIEU, 1989, p. 214-216).

Tais recursos, segundo Pierre Bourdieu, não são meras máscaras ideológicas; eles expressam o próprio modo de funcionamento do campo jurídico. O autor reconhece, porém, que essa “postura universalizante” própria ao campo jurídico não se dá com exclusão total das questões práticas que fazem parte da vida jurídica. Pelo contrário, há, no campo jurídico, uma luta simbólica entre dois grupos de intérpretes autorizados, os *teóricos* e os *práticos*, representados, respectivamente, pelos *professores* e pelos *juizes*. Essa luta, não obstante, não coloca em questão o caráter do campo jurídico, uma vez que, para além de antagonistas, teóricos e práticos são verdadeiros cúmplices. Suas funções se complementam e se servem mutuamente. Integradas, contribuem para uma “forma sutil de *divisão do trabalho de violência simbólica*” (BOURDIEU, 1989, p. 219). Há, nesse sentido, uma forte propensão do jurista prático a se refugiar na aplicação mecânica da lei ou das fórmulas criadas pela doutrina. O aparecimento de situações particulares extravagantes, para as quais o repositório teórico não se aplica adequada ou suficientemente, não costuma levar, por outro lado, a grandes rupturas, mas a ajustes ou adaptações que contribuem para o processo teórico de racionalização do direito. O trabalho de controle lógico realizado pelos teóricos, indispensável para garantir a coerência do corpo jurídico e escamotear o seu caráter arbitrário, dá-se, desse modo, numa aliança emblemática com os práticos, contribuindo para a reprodução do campo do direito (cf. BOURDIEU, 1989, p. 216-221).

O processo de racionalização do direito a que se refere Pierre Bourdieu não implica, contudo, que as soluções jurídicas, originadas de interpretações dos textos jurídicos, sejam dadas à maneira de um processo lógico de dedução. O sociólogo francês, com vocação nitidamente transdisciplinar, tem consciência de que a pretensão de uma metodologia jurídica absolutamente racional fracassou. O direito, diz Pierre Bourdieu, é um “instrumento dócil” (1989, p. 223). A operação hermenêutica não é simplesmente declarativa. Toda interpretação carrega algum grau de liberdade. Os juízos emitidos pelos intérpretes expressam, em grande medida, uma espécie de

*invenção*²: “Os juristas e os juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibologia das fórmulas jurídicas (...)” (BOURDIEU, 1989, p. 224). O significado que se dá a uma regra jurídica é determinado por uma relação de força entre profissionais do direito que protagonizam uma luta simbólica com o objetivo de fazer triunfar a sua causa. Essa luta não se dá entre adversários materialmente iguais. As *armas* simbólicas variam na proporção da desigualdade das competências técnicas e sociais, que os coloca em um patamar de desequilíbrio na exploração do “espaço dos possíveis”. O espaço dos possíveis é, aqui, determinado não pela sua medida, mas pela medida de quem o explora.

A crítica de Pierre Bourdieu ao direito desenvolvido no ocidente moderno consubstancia-se, nesse contexto, no fato de o trabalho de racionalização desenvolvido pelos “competentes”, do qual ele é resultante, conferir a certas interpretações uma *eficácia simbólica* que as faz ser ignoradas naquilo que têm de arbitrário e admitidas como legítimas. A impressão da necessidade lógica do argumento apresentado pelo juiz coloca em segundo plano a justiça do conteúdo da decisão. Ela parece não decorrer da vontade pessoal do magistrado ou da sua visão de mundo, mas de uma *voluntas legis* ou de uma *voluntas legislatoris* (cf. BOURDIEU, 1989, p. 224-225).

Para além disso, Pierre Bourdieu nos alerta para a circunstância de a instituição de um campo próprio do direito, no qual se desenrola o jogo jurídico, pressupor jogadores competentes. Ser competente, insista-se, significa deter, com exclusividade, o poder de dizer o direito³. Isso significa que a construção do campo jurídico depende da instituição do monopólio do poder de interpretar os fatos da vida e de resolvê-los. O jurista, o “competente”, promove uma espécie de desapossamento. O perito, o juiz, o advogado, o consultor jurídico, o promotor, o delegado etc., todos eles retiram do leigo o seu poder de ler e de julgar os seus acontecimentos cotidianos. A própria construção de uma linguagem técnica, com pretensões de absoluta formalidade, estabelece um hiato entre a “realidade” e o “campo jurídico”. O domínio da linguagem jurídica, contraposta à linguagem vulgar, pressupõe a entrada num sistema próprio, cuja manipulação depende de uma postura adequada, que só os “competentes” podem adotar⁴.

A entrada no campo jurídico depende de uma redefinição completa da experiência vivida que se realiza pelo trabalho de tradução realizado pelos juristas. A experiência pura e simples se transforma, então, em causa, em controvérsia, em um problema jurídico. O profano se vê destituído do poder de dispor direta e imediatamente

² No fundo, o *privilegio da dedução* no pensamento jurídico escamoteia a *necessidade da invenção*: “(...) quando se logra estabelecer um sistema dedutivo, a que toda ciência, do ponto de vista lógico, deve aspirar, a tópica tem de ser abandonada. (...) Numa situação ideal, a dedução torna totalmente desnecessária a invenção. O sistema assume a direção. Decide por si só sobre o sentido de cada questão” (VIEHWEG, 1979, p. 43).

³ O tema da “ideologia da competência”, a que se refere Marilena Chaui, está afinado com as observações de Pierre Bourdieu: “A ideologia da competência realiza a dominação pelo descomunal prestígio e poder do conhecimento científico-tecnológico, ou seja, pelo prestígio e poder das ideias científicas e tecnológicas. O discurso competente pode ser assim compreendido: não é qualquer um que tem o direito de dizer alguma coisa a qualquer outro em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente, portanto, é aquele proferido pelo especialista, que ocupa uma posição ou um lugar determinados na hierarquia social (...)” (CHAUI, 2014, p. 57).

⁴ A especialização da linguagem é um dado indispensável para a própria construção da ciência do direito, que, por consequência, só poderá ser manipulada por alguns. O pressuposto, consoante afirma Luis Alberto Warat (1995, p. 37), é o de que “onde não há rigor linguístico não há ciência. *Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo*; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”.

da sua própria causa, que será decidida consoante leis e precedentes judiciais. Ele próprio, ao adentrar no campo jurídico, é compelido a desaparecer enquanto realidade individual; deve-se submeter a uma das categorias definidoras do direito: autor, réu, terceiro etc. (cf. BOURDIEU, 1989, p. 225-231). Toda essa tradução é justificada para que o ato de decisão, no qual se manifesta uma interpretação prevalecente, apareça como decorrência de “uma aplicação neutra e objetiva de uma competência especificamente jurídica” (BOURDIEU, 1989, p. 231).

Em suma, na medida em que os juristas desenvolvem uma “língua hermenêutica”, que os torna exclusivamente competentes para a efetuar a passagem da “língua realidade” para a “língua normativa”⁵, eles mesmos se tornam os únicos capazes de revelar direitos e injustiças. Com isso, são as próprias aspirações jurídicas que se tornam manipuláveis pelos profissionais do direito, capazes também de produzir e controlar a oferta do seu serviço. Eles decidem quais conflitos podem aceder ao campo jurídico e a forma específica que devem revestir (cf. BOURDIEU, 1989, p. 232-235).

Pierre Bourdieu adverte para o fato de que o direito, por intermédio do seu discurso, da sua força simbólica, produz efeitos na realidade: constitui o mundo social. A palavra autorizada, a palavra pública, a palavra oficial nomeia o mundo e, ao fazê-lo, o constitui, de modo que o mundo em que vivemos é um mundo cujos sentido e realidade são, em grande medida, determinados pelo direito. Não se trata, todavia, de recair num nominalismo puro: o direito faz o mundo social, mas também é feito por ele. Há limites nessa eficácia mágica do direito. Nas suas palavras, “os esquemas de percepção e de apreciação que estão na origem da nossa construção do mundo social são produzidas por um trabalho histórico coletivo, mas a partir das estruturas deste mundo” (BOURDIEU, 1989, p. 238). A eficácia do ato de nomeação produzido pelo direito depende, assim, de estar “bem fundado na realidade”, isto é, de se materializar enquanto força simbólica de naturalização que “reforça e aumenta a força histórica imanente que a sua autoridade e a sua autorização reforçam e libertam” (BOURDIEU, 1989, p. 239). Em suma, se é inegável que o direito, por uma força que lhe é própria, resultante sobretudo do trabalho simbólico realizado pelos juristas, atua eficazmente de maneira a constituir o mundo social, é também verdade que essa sua eficácia é dependente de um certo reconhecimento social, ainda que tácito ou parcial, porque corresponde, ao menos aparentemente, “a necessidades e interesses reais” (BOURDIEU, 1989, p. 240).

Como, no entanto, para Pierre Bourdieu, o direito adquire reconhecimento social, ou seja, sua legitimidade? Desde logo, sua legitimidade é devida a uma afinidade de interesses e posições entre os agentes encarregados de produzir e aplicar o direito e os detentores do poder temporal, político e econômico. Daí que a forma pela qual o direito é construído e aplicado reflita normalmente os valores e as visões de mundo predominantes. Isso, entretanto, não seria suficiente. Poderia colocar em risco a subsistência do campo jurídico. A eficácia do direito tem, portanto, de ultrapassar a esfera dos “antecipadamente convertidos”. É aqui que o direito se mostra com toda evidência como um discurso de violência simbólica. O direito garante a sua legitimidade

⁵ Valho-me, aqui, das expressões de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 279-284). Tercio Sampaio Ferraz Jr. pode ser considerado um pioneiro no Brasil no sentido de trazer para o âmbito do direito o pensamento de Pierre Bourdieu. Sua preocupação se concentra, sobretudo, na questão da violência simbólica. Cf., além da obra supra (FERRAZ JR., 2007, p. 277-279), também FERRAZ JR., 2009, p. 61-62. A preocupação com a questão da violência simbólica está presente também em outros autores importantes no Brasil, como Maria Celeste Cordeiro dos Santos (1985, p. 150 e s/s) e José Eduardo Faria (1988, p. 124 e s/s).

à medida que sua eficácia simbólica se exerce “com a cumplicidade – tanto mais certa quanto mais inconsciente, e até mesmo mais subtilmente extorquida – daqueles que a suportam” (BOURDIEU, 1989, p. 243). O seu reconhecimento sobrevém, desse modo, na medida em que o arbitrário do seu funcionamento é desconhecido ou ignorado. Como é possível um tal ocultamento?

Ele é possível, em grande parte, pelo trabalho promovido pelos juristas de construção racional do sistema do direito. Esse trabalho é, essencialmente, segundo Pierre Bourdieu, um trabalho de *codificação*: “Codificar – explica – é ao mesmo tempo *colocar em forma e colocar formas*” (BOURDIEU, 1986, p. 41). O processo de codificação instaura, por conseguinte, a possibilidade de uma *formalização*: a possibilidade de um controle lógico da coerência do sistema jurídico. Em consequência, a codificação suscita a *crença* no caráter neutro e autônomo do direito, cujas soluções, reveladas pelos juristas, parecem advir de uma atividade meramente científica. Passível de construção ante um direito que se objetiva em forma escrita, a ciência do direito atua nesse contexto ao fazer parecer que a operação jurídica funciona de maneira sistemática e racional. No fundo, porém, ela atua geralmente ao conferir um “selo de universalidade” a um ponto de vista particular, quase sempre correspondente ao ponto de vista dos dominantes.

Ao “tornar” o particular um universal, o direito exerce excelentemente sua eficácia simbólica, manifestada na forma de uma violência contra os demais sentidos possíveis. Como se não bastasse, o trabalho de universalização prática, que consente a generalização de um sentido próprio a um espaço social para um ambiente maior, se constata também em termos temporais. O sentido fixado hoje e agora se preserva do arrebatamento que o futuro pode provocar. Como o futuro é incerto, todo o porvir deve se dar “à imagem de um passado”. A revolução deve ser interdita, porque isso equivaleria a destronar os fundamentos da ordem jurídica. O trabalho jurídico, expresso, entre outras formas, pela preocupação dogmática de edificar uma ciência jurídica rigorosa, deve se inscrever numa lógica da conservação da ordem simbólica. Isso significa que todas as novidades devem ser acomodadas à linguagem do passado, ou, por assim dizer, de um presente que se deve re-presentar.

Um dos efeitos da universalização é o da *normalização*. Normalizar implica transformar a *regularidade* em *regra*, a normalidade *de fato* em normalidade *de direito*. Com o estabelecimento do *normal*, surge o problema acessório da definição do *anormal*. Todas as práticas diferentes aparecem, assim, como *desviantes, anômicas, patológicas* etc. É a própria possibilidade de mudança que fica interdita. O encontro com a alteridade do outro resta, de antemão, fadada ao fracasso. O produto da universalização de estilos de vida particulares consiste num etnocentrismo dos dominantes, garantido pelo trabalho de juristas “competentes”. Instala-se, por conseguinte, uma representação oficial do mundo social em conformidade com as visões e os interesses de alguns (cf. BOURDIEU, 1989, p. 246-248).

Pierre Bourdieu destaca, ainda, um outro efeito do trabalho de codificação ou de formalização. Trata-se do efeito da homologação. Em tese, por meio dele, é possível que todos falem uma mesma língua, atribuam os mesmos sentidos às mesmas palavras⁶. Isso permite uma certa previsibilidade e calculabilidade no agir. Pode-se

⁶ “Homologar, etimologicamente, é assegurar que se diga a mesma coisa quando se diz as mesmas palavras, é transformar um esquema prático num código linguístico de tipo jurídico” (BOURDIEU, 1986, p. 42).

calcular e prever os benefícios e os prejuízos de se cumprir ou descumprir uma norma. Os poderes da homologação, porém, só podem ser exercidos com mais extensão por aqueles que detêm competência jurídica. Os outros, eles estão fadados a suportar a força da forma, a *vis formae*, para empregar a expressão latina (cf. BOURDIEU, 1989, p. 249-251).

HERMENÊUTICA DIATÓPICA E ABORDAGEM DIALOGAL – AS ANÁLISES DE ROBERT VACHON

Se, de fato, na linha do que preleciona Pierre Bourdieu, o trabalho jurídico pode ser compreendido como um trabalho de conservação de uma ordem simbólica que universaliza perspectivas particulares, resta saber se essa ordem simbólica construída à revelia das alteridades não universalizadas não pode ser objeto de crítica e de transformação.

Enxergando o fenômeno jurídico de uma perspectiva externa, isto é, a partir de fora do sistema do direito⁷, a antropologia jurídica parece apresentar possibilidades nesse sentido. Dada a diversidade das perspectivas antropológicas, concentrar-se-á a seguir numa reconstituição sumária do pensamento de Robert Vachon, sem olvidar o contributo originário de Raimon Panikkar e o trabalho de vulgarização de Cristoph Eberhard, com o intuito de demonstrar de que maneira ele permite complementar o estudo de Pierre Bourdieu, proporcionando mudanças internas no direito.

Num artigo dedicado ao tema do pluralismo jurídico, Robert Vachon afirma que as pesquisas voltadas ao referido assunto estariam marcadas por um colonialismo cultural, à medida que o interesse pela análise dos direitos tradicionais se daria apenas com o fim de os integrar na cultura jurídica ocidental moderna (1990, p. 163). Assim, apesar de se propagar a necessidade de certos acomodamentos nas nossas leis, haveria uma recusa generalizada em se relativizar os pressupostos, os fundamentos e a natureza da nossa cultura jurídica, de caráter civilista, evolucionista, homocêntrica, autonomista, estatista etc. A antropologia jurídica, tal como a etnologia, em seus estudos sobre o pluralismo jurídico, estaria presa a dois mitos principais: o mito do *totalitarismo do logos* e o mito do *monismo unitarista*. Para sair desse quadro ocidental unitarista, seria preciso, segundo Robert Vachon, tomar consciência da situação diatópica na qual a humanidade se encontra instalada nos dias de hoje, isso significando que, ante a existência de culturas jurídicas tão diversas entre si no mundo, ao nível inclusive das suas naturezas e dos seus postulados, não se pode constatar nelas equivalências substanciais, mas apenas funcionais: homeomorfismo (cf. VACHON, 1990, p. 163-165).

Robert Vachon oferece dois exemplos. Em primeiro lugar, lembra que a própria noção de “direito” ou de “jurídico” é ocidental. Muitas culturas jurídicas autóctones desconhecem a palavra “direito”, como também sequer cogitam o fato de que os seres humanos possam ser *detentores de direito*. Depois, ressalta, ainda, que os próprios

⁷ Nesse sentido, é pertinente a observação de Orlando Villas Bôas Filho (2014, p. 284): “Cumprir notar desde logo que, a partir de uma observação sociológica, a análise antropológica aparece como expressão de um ‘ponto de vista externo’ de abordagem do direito. Dentre outros vários autores, André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulve, por exemplo, enfatizam que abordagens como a antropológica expressariam uma ‘perspectiva externa’ do ‘fenômeno jurídico’. Assim, uma proposta como a de Michel Alliot de construir uma ‘science non-ethnocentrique du Droit’ expressa um ponto de vista externo do direito que, por esse motivo, naturalmente, não se substitui à ‘ciência do direito’, enquanto perspectiva interna.”

modos de inteligibilidade variam de acordo com a cultura respectiva. Enquanto a cultura ocidental parte do princípio da não contradição e afirma inicialmente a diferença (o direito repousando, aqui, no fato de que o homem é distinto de todos os outros seres/coisas), há outros modos de inteligibilidade, peculiares às culturas autóctones, que apontam para direções diversas. É o caso daquelas que privilegiam o princípio da identidade ou não-dualidade, perante o qual a realidade do individual se deve ao seu pertencimento à totalidade do ser (cf. VACHON, 1990, p. 165-166).

Ora, a questão que se coloca é a de como estabelecer um diálogo real entre essas culturas diferentes, preparando o terreno para um processo de fecundação mútua. Isso só é possível, segundo Robert Vachon, por intermédio de uma *hermenêutica diatópica*, consoante desenvolvida por Raimon Panikkar. Como esclarece Christoph Eberhard (2002, p. 505), as ideias acerca da hermenêutica diatópica, articuladas originalmente por Raimon Panikkar, foram geradas em torno da pergunta crucial de “como poderemos nos abrir e dialogar com formas fundamentalmente diferentes de ‘viver o mundo’”.

O grande problema que paira sobre a relação entre culturas jurídicas diferentes (como a ocidental e as autóctones) é, para Robert Vachon, o fato de se esquecer que a distância que as separa, a ser superada, “não é simplesmente factual (interpretação morfológica) ou temporal (interpretação diacrônica), mas espacial, tratando-se de vários *topoi* (*loci*) ou visões cujos postulados são eles mesmos radicalmente diferentes” (1990, p. 166). Conforme acrescenta (cf. 1990, p. 166-167), isso significa que seus modos de inteligibilidade não emergiram de uma tradição histórica comum, tampouco de um processo de influência recíproca (interpretação diatópica)⁸.

Em outras palavras, não se trata apenas de superar a distância das formas ou dos tempos. Há um fosso mais fundo que separa as culturas jurídicas. Cada uma delas detém postulados específicos e apresenta maneiras próprias de pensar questões particulares. Assim, os respectivos processos de interpretação de um texto, de um fato ou de uma experiência não se equivalem. Daí ser necessário “tomar consciência da originalidade profunda não somente dos seus processos e de sua lógica sócio-jurídica (sistema e estruturas próprias), mas também de suas visões, horizontes ou universos jurídicos” (VACHON, 1990, p. 167), ou, para resumir, do caráter próprio de cada cultura jurídica e dos seus mitos correspondentes.

É esse o papel exercido pela hermenêutica diatópica, que, ao tentar descobrir culturas jurídicas as mais diversas possíveis, busca também as reunir num diálogo comum, proporcionado pela emergência de um novo mito, por meio do qual elas podem entrar em comunhão e se entender mutuamente sob um mesmo horizonte de inteligibilidade. Isso, obviamente, sem que tal horizonte comum seja um horizonte particular de alguém. A ideia de diatopia (*dia-topos*) se encontra aqui. Cuida-se de “trespassar os *topoi* para ir ao encontro do *mythos* do qual eles são a expressão”

⁸ A base de Robert Vachon encontra-se evidentemente em Raimon Panikkar, tal como se constata por uma simples comparação entre o que é dito pelo primeiro com as palavras do último: “La hermenéutica diatópica es el método requerido de interpretación cuando la distancia para superar, necesaria en cualquier comprensión no es sólo la distancia que se establece dentro de una cultura singular (hermenéutica morfológica), o un tempo (hermenéutica diacrónica), sino más bien la distancia entre dos (o más) culturas, que han desarrollado independientemente, y en espacios distintos (*topoi*), sus propios métodos de filosofar y sus modos de alcanzar la inteligibilidad, junto con sus propias categorías” (PANIKKAR, 1990, p. 87).

(VACHON, 1990, p. 168). O próprio reconhecimento de diversos *topoi* (lugares) possíveis, donde emergem discursos e práticas distintos, leva ao reconhecimento de uma nova dimensão humana: para além do *logos*, o *mythos*, o horizonte invisível sobre o qual os homens projetam suas noções do real (cf. EBERHARD, 2002, p. 50).

Para que essa hermenêutica diatópica se realize, é preciso, no entanto, um novo tipo de abordagem, que transcende a abordagem dialética: uma *abordagem dialogal*. Trata-se de liberar a antropologia jurídica e os seus estudos sobre o pluralismo jurídico do “totalitarismo do *logos*”. O modo de abordagem dialogal serve justamente a este propósito: presta-se ao intento de atravessar o *logos* para chegar no terreno do *mythos*, onde o *logos* não saberia se exprimir. Nas palavras de Robert Vachon, a abordagem dialogal possibilita reunir numa “comunhão mítica pessoal os mitos profundos que subjazem e alimentam os sistemas jurídicos das diferentes culturas, deixando-se pessoalmente interpelar por eles e por aquilo que transcende, impregna, distingue e liga essas culturas respectivas” (VACHON, 1990, p. 168).

Essa passagem do *logos* ao *mythos* que a abordagem dialogal possibilita deve pressupor, desde logo, que não se pode compreender uma cultura jurídica homóloga a partir das categorias e dos conceitos da cultura jurídica ocidental⁹. Não se deve muito menos partir de uma definição *a priori* do direito, uma vez que não ele não é universal (cf. EBERHARD, 2002, p. 505). É preciso conhecer cada cultura jurídica a partir de suas próprias referências e de seus parâmetros específicos de inteligibilidade. Mas não é só.

Ultrapassar o *logos* implica desconfiar da compreensão que transforma as culturas jurídicas em simples *objetos de conhecimento*. Elas são muito mais do que isso. Elas constituem realidades sagradas, míticas, existenciais: algo de infinito. Não pertencem, por isso mesmo, apenas à ordem do *logos*, mas também à ordem do *mythos*, isto é, à ordem das “diferenças últimas”. As diferenças últimas não se reduzem a diferenças dialéticas ou a diferenças lógicas. Não há *razão* que as explique. Desse modo, compreender a cultura jurídica do outro não pode se dar à revelia do recurso ao seu “coração mítico”. Recorrer ao mito é já deixar-se recorrer a ele. O *mythos* revela uma intencionalidade última que assegura a perenidade profunda de uma cultura jurídica, inclusive a da cultura jurídica moderna ocidental. Toda cultura jurídica, em consequência, tem uma dimensão mítica que vai além da sua dimensão lógica, do *logos* (cf. VACHON, 1990, p. 168-169). Embora, no entanto, se possa distingui-las, não se pode separá-las. É que a própria realidade não se reduz a um centro único de inteligibilidade (EBERHARD, 2002, p. 507).

A abertura para o mítico representa, aos olhos de Robert Vachon, uma abertura para o outro. Não se pode fazer uma experiência de alteridade quando o outro se reduz a um objeto do conhecer. O outro é sempre alguém que está para além dos conceitos. O outro não é aquilo que o meu pensamento projeta sobre ele; é, antes, aquilo que ele pensa, diz e crê de si mesmo. Em sendo assim, conhecer uma cultura jurídica significa conhecer aquilo que ela é para aqueles que a vivem. Isso, contudo, não

⁹ Esse pressuposto já estava presente na tentativa de Michel Alliot de criar as bases de uma ciência não etnocêntrica do direito: “Em sua tentativa de propor as bases para uma ciência não-etnocêntrica do direito, Alliot destaca uma necessidade metodológica fundamental, a de que, para compreendermos a forma e o conteúdo das instituições de outra sociedade, é preciso não as relacionar às instituições de nossa própria sociedade, e sim ao universo da sociedade na qual elas estão sendo observadas” (EBERHARD, 2002, p. 501).

acontece quando se reduz o conhecimento a uma relação entre sujeito e objeto. O conhecimento da alteridade de uma cultura jurídica depende do exercício daquilo que Robert Vachon, ancorado em Raimon Panikkar, chama de “diálogo dialogal”¹⁰.

O diálogo dialogal não se destina a uma mera aquisição de informações sobre o outro; em si mesmo, é um meio de chegar a uma compreensão mais profunda do outro e de si. O diálogo dialogal acontece entre *sujeitos* e estabelece um verdadeiro contato entre *eu* e o *outro*, e não entre dois pensamentos (EBERHARD, 2002, p. 508). Isso só é possível, no entanto, quando nos deixamos interpelar pela palavra e pela verdade do outro. Para usar uma expressão de Boaventura de Sousa Santos, o diálogo dialogal exige o reconhecimento de uma certa *incompletude* de nossa cultura¹¹, uma incompletude que não seja tão alta ao ponto de consentir a conquista cultural, tampouco uma incompletude extremamente baixa que impeça a possibilidade de deixar-se ser interpelado pelo parceiro de diálogo (2003, p. 452-454).

Segundo Robert Vachon, é essa abordagem dialogal, que pressupõe o encontro com o outro no diálogo dialogal, que falta àqueles que se debruçam a estudar o pluralismo jurídico, tal como os antropólogos. Suas metodologias, centradas numa abordagem dialética, impedem a compreensão da experiência mítica vivenciada nas culturas jurídicas. Em virtude disso, para o autor, é indispensável completar a abordagem dialética com a abordagem dialogal. Com a abordagem dialogal, a bem dizer, ultrapassa-se o campo de uma mera *metodologia* para se aceder ao terreno de uma *disciplina* no sentido integral e forte da palavra¹². Essa disciplina demanda muito mais que um “conhecimento de confiscação [*saisie*]”; ela demanda, em primeiro lugar, um “conhecimento de integração” ao universo jurídico do outro, isento tanto de motivação ulterior quanto de motivação interessada; ela demanda, depois, uma integração recíproca nesse horizonte comum que a todos ultrapassa, impregna, distingue e liga: um horizonte que Robert Vachon denomina de “pluralismo jurídico” (cf. 1990, p. 170-171).

PIERRE BOURDIEU E ROBERT VACHON – UM DIÁLOGO POSSÍVEL SOBRE O DIREITO

De que modo as análises de Pierre Bourdieu, que identificam o funcionamento interno do direito e de sua hermenêutica, podem se aproximar da abordagem dialogal desenvolvida por Robert Vachon, ancorada no pensamento de Raimon Panikkar?

Parece-nos que Pierre Bourdieu, ao analisar acuradamente o modo de operação do direito ocidental moderno, marcado pela neutralização simbólica do outro, revela a necessidade de complementar os desenvolvimentos internos da teoria jurídica com uma crítica exterior capaz de demonstrar os limites e as falácias dos seus conceitos,

¹⁰ “Em modo de manejar um conflicto pluralista no es a través de cada una de las partes em conflicto tratando de convencer a la outra, ni tampoco por médio del procedimiento dialéctico, sino a través del diálogo dialógico” (PANIKKAR, 1990, p. 51).

¹¹ “O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* de um diálogo intercultural. A hermenêutica diatópica desenvolve-se tanto na identificação local quanto na inteligibilidade translocal das incompletudes” (SANTOS, 2003, p. 447).

¹² Apesar de Robert Vachon, referindo-se a Raimon Panikkar, preferir acentuar o caráter a-metódico da abordagem dialogal, Christoph Eberhard, ao tratar dela, assevera que Raimon Panikkar teria proposto “um novo método”. Em certo momento do seu texto, Christoph Eberhard chega a utilizar a palavra *método* com aspas, mas, logo em seguida, volta a utilizá-la como antes, sem maiores esclarecimentos (cf. VACHON, 1990, p. 171 e EBERHARD, 2002, p. 507 e 512).

das suas categorias, das suas fórmulas e das suas teses. Esse complemento indispensável pode ser oferecido por uma abordagem dialogal do direito, tal como desenvolvida por Raimon Panikkar e Robert Vachon, já que, ao enfatizar a necessidade de um encontro entre diferentes culturas jurídicas, contribui para que cada uma delas reconheça suas incompletudes e se coloque aberta a aprender com a experiência das demais. É a chance do encontro e do aprendizado que pode, finalmente, produzir mudanças internas no direito não simplesmente a partir de irritações provocadas pelo entorno no sistema jurídico, em que toda alteridade mítica é filtrada por uma identidade lógica e autopoietica, mas, sim, a partir de uma situação de diálogo, no qual o outro aparece como realidade em si mesma, isto é, não apenas como um objeto de conhecimento, ou como algo que está ali para meramente reproduzir teorias ou pensamentos, confundindo-se com eles¹³.

Isso significa que, compreendendo bem o modo de funcionamento do direito moderno ocidental (Pierre Bourdieu), percebe-se a necessidade de complementar as teorias jurídicas com abordagens externas, abertas ao diálogo com outras experiências, que, além de reforçar o caráter etnocêntrico da cultura jurídica ocidental, possibilita um aprendizado interno (Raimon Panikkar e Robert Vachon). Aprender, neste caso, significa a possibilidade de ser transformado. Daí que as duas teorias, quando abordadas conjuntamente, agregam entre si em termos de potencial emancipatório. Não se pode esquecer que o encontro com o outro é ocasião não só para estabelecermos um novo mito comum, mas também para esclarecermos nossos próprios mitos, enriquecê-los e até mesmo mudá-los (cf. EBERHARD, 2002, p. 512).

Como acentua Christoph Eberhard, verifica-se, na atualidade, uma urgência de se estabelecer um diálogo intercultural. Ninguém pode mais falar pela humanidade, muito menos resolver seus problemas a partir de uma perspectiva exclusiva (cf. EBERHARD, 2002, p. 505 e 524-525). Tal constatação deve ser entendida inclusive no sentido de que não é possível construir uma *hermenêutica jurídica* desligada de uma *hermenêutica diatópica*. Não se deve confundir os planos e os objetivos de cada uma, mas é preciso ter em vista que o processo de produção de sentido dentro do direito deve ser alimentado e enriquecido por experiências de sentido que são exteriores à forma jurídica moderna ocidental. A hermenêutica diatópica pode ser útil, nesse sentido, para desconstruir os discursos de violência simbólica do direito ou contribuir para minimizar os seus efeitos.

O encontro entre hermenêutica jurídica e hermenêutica diatópica pode ser visto como um reencontro entre *logos* e *mythos*, ou melhor, como o reestabelecimento de um laço rompido entre essas duas dimensões fundamentais da condição humana, sobretudo quando se tem em vista o desenvolvimento da ciência do direito na época moderna. A afetação da hermenêutica jurídica pela hermenêutica diatópica pode significar uma recusa ao perpetuamento do “totalitarismo do *logos*” no âmbito do direito ocidental moderno, que acredita poder resolver seus conflitos recorrendo-se unicamente às leis da razão e para o qual toda forma diversa de conhecimento é de plano rejeitada como arbitrária ou destituída de validade.

¹³ “A abordagem intercultural e dialógica do Direito (...) constitui essencialmente uma atitude de abertura com relação ao outro e um ‘método’ que aponta a necessidade de não reduzirmos nossos parceiros no diálogo a meros objetos e nosso encontro, a uma simples reunião de teorias” (EBERHARD, 2002, p. 512).

A bem dizer, a abordagem dialogal, que é pressuposta pela hermenêutica diatópica, ao estabelecer um processo de mútua descoberta e transformação entre os parceiros do diálogo intercultural, atinge o cerne do próprio empreendimento antropológico, esclarecendo uma das principais contribuições que a antropologia jurídica tem a conferir aos juristas (cf. EBERHARD, 2002, p. 509). Com Christoph Eberhard, pode-se dizer que, ao jogar novas luzes na elucidação dos fenômenos jurídicos, a antropologia jurídica é apta a treinar os olhos dos profissionais do direito para ver o que não costuma ser visto, possibilitando uma crítica a partir de fora (cf. 2002, p. 494).

Essa crítica externa permite identificar, entre outras coisas, a lógica que predomina na cultura jurídica moderna. Trata-se, como também enfatiza Christoph Eberhard, da *lógica da subtração*, em que toda comparação tem como referência o padrão ocidental, uma espécie de padrão universal autossuficiente para compreender as outras experiências, que são, conseqüentemente, excluídas do quadro referencial e inferiorizadas (cf. 2002, p. 495).

Ora, na linha do que salienta Orlando Villas Bôas Filho, embora a antropologia, por ser ocidental, privilegie um “conhecimento global e generalizante acerca do homem”, ela, ao realizar comparações entre sociedades, “sublinha a diversidade e, por essa razão, a importância da percepção acerca da singularidade e da arbitrariedade das escolhas que sustentam o direito ocidental”, que não podem, por conseguinte, “pretender ser expressão da racionalidade e ter validade universal” (2010, p. 323). Aliás, o próprio direito ocidental não pode, então, ser concebido como a manifestação última do jurídico, reduzindo outras experiências de juridicidade aos títulos de arcaicas, ultrapassadas, primitivas etc. O direito, antes, deve ser concebido como uma forma específica de organização social, isto é, como a forma própria à civilização ocidental (cf. EBERHARD, 2002, p. 496)¹⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho obedeceu ao seguinte itinerário: em primeiro lugar, procurou apresentar o pensamento de Pierre Bourdieu sobre o direito ocidental moderno e demonstrar como ele, ao denunciar o caráter etnocêntrico e normalizador dessa experiência jurídica, construída sobre as bases de um poder de violência simbólica altamente eficaz, desperta o leitor para a necessidade de complementá-lo com abordagens mais propositivas, que proponham caminhos de mudança a partir de encontros interculturais com outras experiências jurídicas; em seguida, intentou explicitar um tipo de pesquisa que se tem desenvolvido no âmbito da antropologia jurídica preocupado justamente em desenvolver uma abordagem adequada para lidar com a relação entre culturas diferentes; a explicitação, nesse caso, se baseou sobretudo na antropologia jurídica de Robert Vachon, sem desprezar sua dívida para

¹⁴ É preciso destacar, aqui, a proposta de Étienne Le Roy no sentido de estabelecer uma distinção entre *direito* e *juridicidade*. Para Étienne Le Roy, juridicidade é uma noção “maior que a concepção do direito desenvolvido pelas sociedades ocidentais modernas” e excede o vínculo substancial dele com o monopólio da violência legítima. De acordo com essa distinção, o direito aparece apenas como “um subproduto da juridicidade” (cf. LE ROY, 2012, p. 314-317). Para uma análise detida dessa distinção, cf. especialmente VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 290-298. O autor destaca, entre outras coisas, que, sendo o direito um *avatar da juridicidade*, que o abrange e o transcende, ou seja, uma forma particular de experiência jurídica, peculiar ao contexto histórico e social do ocidente moderno, não pode ser, portanto, considerado *universal*. O caráter crítico da distinção de Étienne Le Roy, consoante enfatiza, não implica desvalorizar o direito, mas apenas colocar em questão uma identificação entre direito e fenômeno jurídico (cf. 2014, p. 295).

com Raimon Panikkar e o trabalho de vulgarização de Christoph Eberhard; finalmente, buscou estabelecer uma espécie de encontro entre as perspectivas de Pierre Bourdieu e Robert Vachon, com o fim de demonstrar em que medida elas podem ser complementares e se enriquecer mutuamente.

À guisa de conclusão, pode-se enfatizar que, apesar do encontro profícuo entre as perspectivas dos autores, o pensamento de Robert Vachon, relacionado à hermenêutica diatópica e à abordagem dialógica, justamente por conter um viés propositivo que vai além da preocupação descritiva de Pierre Bourdieu, está sujeito a sofrer mais críticas.

Há uma questão metodológica fundamental que não deixa de inquietar. A abordagem dialógica se destina, em grande medida, a comparar o incomparável. Superar essa contradição *lógica* inicial só parece ser possível, de fato, recorrendo-se à dimensão do *mythos*, noção que, apesar das tentativas de esclarecê-la, parece guardar ainda uma certa nebulosidade quanto à sua certa compreensão. Ademais, a ideia de que, no diálogo dialógico, seria possível a construção de um novo mito comum parece demandar maiores aprofundamentos. Assim, um desenvolvimento mais consequente da abordagem dialógica ainda continua a ser, como reconhece Christoph Eberhard, um imenso *desafio*. A pergunta de Étienne Le Roy permanece pertinente: “Comment y arriver?”¹⁵

A despeito disso, a preocupação em fundar uma abordagem dialógica não deixa de ser válida ao menos por dois motivos, sintetizados por Christoph Eberhard (2002, p. 513): ela nos adverte para que não absolutizemos qualquer teoria e não nos submetamos ao totalitarismo do *logos*; ela nos convoca a abrir nossas visões e nossas teorias a um enriquecimento a partir do encontro com outras culturas jurídicas.

Indubitavelmente, se a hermenêutica jurídica, enquanto produto do direito ocidental moderno, não quiser se reduzir a um mero campo de luta simbólica que traduz e obscurece uma luta real e desigual pelo poder, haverá de deixar-se reconfigurar pelos contributos da hermenêutica diatópica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. *Habitus, code et codification*. **Actes de la recherche en sciences sociales**, Paris, v. 64, p. 40-44, septembre 1986.

_____. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CHAUÍ, Marilena. A ideologia da competência. In: CHAUÍ, Marilena. **A ideologia da competência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Autêntica, 2014. (Escritos de Marilena Chauí, 3.)

¹⁵ “Embora não sejam desconsiderados aqui os esforços empreendidos por alguns antropólogos, tais como Robert Vachon, Raimon Panikkar e Christoph Eberhard, no sentido desenvolver uma ‘abordagem intercultural do Direito’ que pretende se descentrar do quadro de referência do *logos* ocidental, situando-se no nível do *mythos*, para entrar em um ‘diálogo dialógico’, ou seja, substituir a ‘universalidade’ pela ‘pluriversalidade’, parece-me que ainda remanesce válida a observação feita, em 1999, por Étienne Le Roy: *Comment y arriver?*” (VILLAS BÓAS FILHO, 2014, p. 284).

EBERHARD, Christoph. **Para uma teoria jurídica intercultural**: o desafio dialógico. Revista direito e democracia, Canoas, v. 3, n. 2, p. 489-530, jul.-dez. 2002.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LE ROY, Étienne. **O lugar da juridicidade na meditação**. Revista *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012.

PANIKKAR, Raimon. **Sobre el dialogo intercultural**. Tradução de J. R. Lopez de la Osa. Salamanca: San Esteban, 1990.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.) **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Maria Celeste C. Leite. **Poder jurídico e violência simbólica**: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, "Allgemeine Theorie der Normen". São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

VACHON, Robert. **L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale**. The journal of legal pluralism and unofficial law, n. 29, p. 163-173, 1990.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica como obstáculo epistemológico, **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 109, p. 281-325, 2014.

_____. Tendências da análise antropológica do direito: algumas questões a partir da perspectiva francófona, **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 321-328, jun. 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e a sua linguagem**. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

DOMINAÇÃO, RACIONALIZAÇÃO E POSITIVAÇÃO: PARA UMA BREVE CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO MODERNO

André Simões Chacon BRUNO¹

Resumo: A presente pesquisa tem como principal escopo investigar quais são as principais características e consequências que podem ser encontradas neste multifacetado fenômeno que é o Direito moderno. Nesse sentido, a pesquisa explora diversos autores da Sociologia e da Teoria do direito para, desta forma, expor de que modo se deu a constituição do direito moderno, tendo, no entanto, como força motriz, o entrelaçamento entre as ideias da dominação legal legítima de Max Weber e a descrição formalista-normativista do direito de Hans Kelsen.

Palavras-chave: Direito Moderno. Positivismo Jurídico. Sociologia do Direito. Hans Kelsen. Max Weber.

Abstract: The present research has as its main scope to investigate which are the main characteristics and consequences that can be found in the multifaceted phenomenon of the modern Law. In this sense, the research explores various authors of both Sociology and Theory of Law for, in this way, to expose in what way the modern Law came to be, having, however, as its main driving force, the interlacement between the ideas of Max Weber's legal authority domination and Hans Kelsen's formalist-normativist description of Law.

Keywords: Modern Law. Legal Positivism. Sociology of Law. Hans Kelsen. Max Weber.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como principal escopo promover uma análise sobre quais são as principais e mais marcantes características que podem ser encontradas no fenômeno do Direito moderno. Nesse desiderato, é promovido neste ensaio primeiro uma explanação sobre o desenvolvimento histórico do direito, no sentido de se apontar o seu paulatino distanciamento de suas raízes sagradas e tradicionais, para se encaminhar, na modernidade, aos trilhos da secularização, da racionalização, da sistematização e da tecnicização, culminando, assim, no seu contemporâneo status de uma verdadeira técnica de controle social.

Em um segundo momento, a pesquisa torna sua atenção para o modo de legitimação do poder na modernidade, isto é, na figura do Estado. Neste ponto, a pesquisa se vale da contribuição sociológica de Max Weber, que entende o Estado moderno como aquela associação política que detém o monopólio legítimo da coação, assegurado por uma burocracia estatutária, no sentido da dominação legítima legal-racional. Esta configuração, por outro lado, é em seguida aproximada e entrelaçada à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Para Kelsen, Weber teria feito a tentativa mais bem-sucedida de definir o objeto de uma sociologia do Direito, pois teria assegurado a distinção de dois pontos de vista, do sociólogo e do jurista, e, desta forma, respectivamente, das duas esferas, a esfera do ser e a do dever-ser, sobre a qual se fundam as duas ciências.

Isto permite, por fim, que se faça uma aproximação, a partir dos escritos de Norberto Bobbio, entre Kelsen e Weber, pois, para Bobbio, a formulação normativista-formalista do direito presente na teoria pura kelseniana pode ser vista como a formulação

¹ Mestre e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP.

sociológica de Weber levada às últimas consequências, e a teoria do direito como um conjunto escalonado de normas, por sua vez, como a mais fiel representação da dominação legal-racional weberiana. Desta maneira, é por fim promovida uma discussão crítica sobre as consequências teóricas legadas à contemporaneidade pelo positivismo jurídico, o conceito de direito meramente tecnicista em que ele desemboca e sobre a crise deste paradigma, no que se convencionou chamar de “revolta contra o formalismo”.

2 O DIREITO MODERNO: A CAMINHO DA RACIONALIZAÇÃO E DA SISTEMATIZAÇÃO

O direito, deve-se dizer, é um fenômeno histórico: não nasce espontaneamente na vida social, mas se desenvolve, na história dos povos, nas diferentes culturas, com formas diferentes e em diferentes condições de predominância do poder e em diferentes perspectivas de conformação das formas materiais de desenvolvimento econômico, os quais estão, por sua vez, condicionados aos modos de produção (BITTAR, 2018, p. 139.) E, no caso específico do direito ocidental, sabe-se que este foi formado por um longo e demorado processo de construção histórica.² Este movimento histórico, no entanto, não será aqui reconstruído, pois tal atividade ultrapassaria os limites e as razões do presente trabalho, pois, afinal, é o Direito *moderno* que está aqui sob foco de investigação. Todavia, isto não impossibilita que sejam proferidas algumas, ainda que breves, palavras sobre o tema.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao tratar da formação histórica do direito, demonstra a presença do direito já nas sociedades primitivas, fundadas primariamente no princípio do parentesco.³ Contudo, o desenvolvimento das sociedades trouxe também o desenvolvimento do direito, o qual, diferenciando-se progressivamente, irá se tornar cada vez mais complexo, tomando a direção do primado do centro político e para o estabelecimento e manutenção do equilíbrio social. Esta progressiva procedimentalização do direito, que se fez notadamente por meio de avanços e recuos, irá demandar eventualmente a distinção entre direito-objeto e direito-ciência, para enfim assumir a forma de um programa decisório em que são formuladas as condições para a escolha de decisões corretas no desiderato de resolver conflitos (FERRAZ JUNIOR, 2015, ps. 30-32).

² Que tem suas origens na cultura greco-romana, a qual é retomada em um momento posterior pela Igreja Católica, que a ela imprimirá suas próprias conformações, à exemplo do direito canônico. Todas estas influências, especialmente a da cultura jurídica canônica, nos foram legadas e não podem ser subestimadas, pois, como aduz José Reinaldo de Lima Lopes, “O direito canônico tem uma importância enorme na história do direito tanto na esfera das instituições, quanto na da cultura jurídica. Na esfera das instituições, especialmente no processo e no conceito de jurisdição. É dele que parte a reorganização completa da vida jurídica europeia, e as cortes, tribunais e jurisdições leigas, civis, seculares, principescas, serão mais cedo ou mais tarde influenciadas pelo processo canônico. O processo do *ius commune*, que dominará a Europa até o século XVIII, é fundamentalmente criação também dos canonistas” (LOPES, 2014, ps. 69-70).

³ Afinal, partindo da concepção de que o Direito é um fato ou fenômeno social, pode-se dizer que ele corresponde a uma exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, visto que nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, direção e solidariedade. Nesse sentido, só podemos falar em “experiência jurídica” onde e quando se formam relações entre homens, ou seja, relações intersubjetivas, as quais envolvem sempre dois ou mais sujeitos, razão que nos permite lembrar um antigo brocardo jurídico: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito), o qual, por sua vez, também nos permite afirmar como verdadeira a sua recíproca: não se concebe atividade social que seja desprovida de alguma forma jurídica, ou qualquer regra que não se refira à sociedade (REALE, 2002, p. 2).

O caminho da formação da ciência jurídica, deve-se frisar, se deu de maneira longa e demorada, por meio de avanços e retrocessos. Nesse sentido, em apertada síntese, poder-se-ia dizer, com Ferraz Junior (2015, ps. 33-41), que o direito (*jus*), partindo de suas raízes na Antiguidade Clássica, era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana, consistindo em um saber de natureza ética, representado pela figura da prudência (virtude moral do equilíbrio e ponderação nos atos de julgar). Posteriormente, na Idade Média, o direito continua a ter ainda um caráter sagrado, contudo, adquirindo uma dimensão de transcendência com a cristianização, o que possibilitou o aparecimento de uma prudência já permeada por traços dogmáticos. Nesse sentido, em analogia às verdades bíblicas, o direito teria origem divina e, como tal, deveria ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica, realizada essencialmente pela glosa gramatical e filológica dos *glosadores* (sendo este o momento em que, pelo esforço de reconstrução de princípios e regras capazes de constituir um *corpus*, o pensamento prudencial se fez dogmático).

No entanto, o que aqui nos interessa é a caracterização do direito *moderno*. Nesta via, tomando por base uma divisão em “etapas de desenvolvimento” teóricas do direito, com Max Weber (2015b, ps. 142-143), percorreríamos o caminho que conduz à revelação carismática do direito por “profetas jurídicos”, por meio da criação e aplicação empírica do direito por *honoratiore*s jurídicos (criação de direito cautelar e de direito baseado em precedentes), à imposição do direito pelo *imperium* profano e por poderes teocráticos para chegar, enfim, ao direito sistematicamente estatuído e à “justiça” aplicada de modo profissional, na base de uma formação literária e formal lógica,⁴ feita por juristas especializados.⁵ Chegamos a um direito, portanto, que tem entre as suas características fundacionais as pretensões de *sistematização* e de *racionalização*, especialmente no que tange a uma referência a fins. Nesse sentido, o importante, do ponto de vista de Max Weber, é

[...] a direção seguida pelo processo, com ênfase, porém, na sistematização interna dos enunciados normativos, na estruturação coerente da prática jurídica, na crescente racionalização formal do corpo de normas, até se atingir *endlich*

⁴ Na necessária observação de Antônio Flávio Pierucci (1998, p. 54): “O importante, do meu ponto de vista, é a direção em que aponta o processo: no rumo de uma autonomização crescente do direito em relação à irracionalidade do antigo direito religiosamente revelado. Acompanhando a linha do desenvolvimento ocorrido no campo do direito e da legislação, Weber vai identificar nas inovações jurídico-legais produzidas no Ocidente um elemento comum: a adoção de técnicas sempre mais racionais no lugar das fórmulas mágicas estereotipadas e da ‘revelação carismática do direito’, noutras palavras, no lugar da lei divinamente revelada, abandonando-se assim velhas formas procedimentais do antigo direito, desvalorizadas agora como práticas irracionais, incertas, incoerentes, arbitrárias, [...] além de engessadas pela sacralidade (às vezes absoluta) da tradição”.

⁵ Vale dizer, ainda, que “As qualidades formais do direito desenvolvem-se nesse processo a partir da combinação de um formalismo magicamente condicionado a uma irracionalidade determinada pela origem em revelações, no procedimento jurídico primitivo, passando, eventualmente, por uma racionalidade material ou não-formal, ligada a um fim e patrimonial ou teocraticamente condicionada, rumo a uma racionalidade e sistemática jurídica crescentemente especializada e, portanto, lógica e, por essa via – sob aspectos puramente externos –, ao progresso da sublimação lógica e do rigor dedutivo do direito e da técnica racional do procedimento jurídico” (WEBER, 2015b, p. 143). Em outras palavras, “A modernidade presenciou o desenvolvimento da autoridade jurídico-racional. Enquanto, durante a maior parte da existência humana, a legitimidade dos sistemas sociais se fundara sobre elementos tradicionais, mágicos ou religiosos, a sociedade moderna parecia fundar-se sobre uma autoridade que havia, ela própria, se tornado racional; em outras palavras, era entendida como uma forma confiável de estruturação social que permitia a integridade funcional de uma sociedade ou organização social” (MORRISON, 2012, p. 331).

o estágio caracteristicamente moderno da constituição de uma esfera de valor autônoma. Esta “esfera cultural” é dotada de um dinamismo próprio, uma lógica própria, e gira em torno do *Satzungsprinzip*, característico da instituição *positiva* no sentido estrito de um direito formulado e exercido por juristas profissionais, por especialistas em direito, e, *last but not least*, capaz de fundamentar-se a si mesma de modo reflexivo sem ter de recorrer a forças supra-sensíveis ou a normas já dadas de qualquer natureza (Pierucci, 1998, p. 54).

Como uma autêntica experiência moderna, há no direito moderno a preocupação central em secularizar a teoria jurídica, o que se manifesta como uma ruptura com a prudência romana e grega, as quais haviam persistido na esteira do Cristianismo. Nesse sentido, o jurista da era moderna, ao construir os sistemas normativos passa a servir aos seguintes propósitos, que são também seus princípios: a teoria se instaura para o estabelecimento da paz (bem-estar social), que por sua vez consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível. Assim, as ordens jurídicas passam a ser fundamentadas e reguladas por meio de *leis*, de caráter *formal* e *genérico*, que devem ser sancionadas, evidenciando o caráter *instrumental* do direito, que, enquanto estabelece uma oposição entre os sistemas formais do direito e da própria ordem vital, possibilita também um espaço juridicamente neutro para a perseguição legítima da utilidade privada (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 45). Conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior (2015, p. 45): “Sobretudo, esboça-se uma teoria da regulação genérica e abstrata do comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade da convivência dos cidadãos”.

Mas o direito moderno, deve-se pontuar, se desenvolveu seguindo uma lógica, de certo modo, ambígua: por um lado, procurou promover um rompimento no elo existente entre a *jurisprudência* e o *procedimento dogmático* fundado na autoridade dos textos romanos; por outro, ao mesmo tempo, não só não rompeu com o seu *caráter dogmático*, como, em verdade, o aperfeiçoou, dando-lhe a qualidade de um sistema construído a partir de premissas, as quais devem sua validade à sua generalidade racional. A teoria jurídica moderna, portanto, a partir desse momento passa a ser um construído sistemático fundado na razão, o qual, em nome da própria razão, funciona como um instrumento de crítica da realidade. E, nesse sentido, aliás, traz duas importantes contribuições ao direito: o método sistemático, alinhado ao rigor lógico da dedução, e o sentido crítico-avaliativo do direito, o que significa que ele passa a se basear em padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela própria razão (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 44).

Como se pode observar, a principal diferença deste novo modo de perceber e interagir com o mundo (objetivo, social, cultural e jurídico) em relação às concepções prévias é o fator predominante do seu sempiterno foco na *racionalidade*.⁶ Fala-se aqui, logo, da “Era do Direito Racional”, a qual é representada principalmente pelo processo de dessacralização e tecnização promovido no saber jurídico a partir do Renascimento,

⁶ O que em termos de teoria do direito significa a derrocada do direito natural e a ascensão do direito racional. A isto deve-se principalmente à filosofia kantiana: “É costume designar estas correções metodológicas dizendo: com Kant, acaba a Escola do Direito natural (*Naturrecht*) e começa a Escola do direito racional (*Vernunftrecht*). O direito natural passa a direito da razão. Desnecessário é recordar, porém, que Kant mais não fez que ultimar um processo de correção metodológica, iniciada há muito e quase concluído já na obra de Rousseau” (DEL VECCHIO, 1979, P. 127).

especialmente pelas influências dos sistemas racionais na teoria jurídica.⁷ Nesse sentido, pode-se afirmar que, diferentemente dos antigos, os modernos pensadores não irão mais indagar quanto as relações morais do bem da vida, mas sim sobre as suas condições efetivas e racionais de sobrevivência. Trata-se, agora, da busca de necessidades práticas em uma sociedade tornada mais complexa, que passa a exigir soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Não se trata mais, então, de como se adequar à ordem natural, mas de como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora.⁸ Com efeito, expressa-se aí a exigência de uma organização racional da ordem social, a qual irá acarretar o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma *racionalização* e *formalização* do direito (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 42).

É no contexto deste tempo, portanto, que foram produzidos os entrelaçamentos institucionais que desembocaram na produção do direito como o conhecemos e recebemos, ou seja, o direito como um modo de *controle* social específico, orientado para a regulação das liberdades e dos problemas sociais. É neste contexto específico, o da *modernidade*, que haverá o aparecimento do Estado, a configuração científica do Direito, a criação do espírito das leis do mercado, a ideologização da ordem liberal,⁹ a afirmação do modelo capitalista e o surgimento da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais, processos todos marcados pela mola propulsora da ideia de progresso (BITTAR, 2014, p. 45).

Mas o que significa dizer que o direito moderno, *racionalizado* e *burocratizado*, tem entre uma de suas principais características o fato de funcionar como um instrumento de *controle social*? Isso significa, como aponta Eduardo Bittar (2014, p. 46), que ele tem a pretensão de funcionar de modo neutro, na medida em que olha para os conflitos sociais de modo neutro e procura pacificar-lhes o confronto; contudo, não se pode deixar de notar também que o direito, já em seu nascedouro, nasce comprometido com a ordem burguesa e liberal em ascensão, como parte de um *"panneau"* de grandes dimensões, amplificado por grandes teorias, justificado por sistemas de pensamento e desejado por grandes contingentes humanos, especialmente pelas elites detentoras de

⁷ O que acarreta também um distanciamento da *tradição*: "O homem moderno, que não pode retroceder para além do racionalismo, não se contenta, em crescente medida, com que uma regra jurídica ou uma resolução corresponda à tradição, mas quer também reconhecê-las como racionais, plenas de sentido, como susceptíveis de fundamentação de modo racional. É precisamente disso e não da recolha e transmissão de um saber tradicional que se trata na ciência do direito" (LARENZ, 1997, p. 91).

⁸ "Desse modo, a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõe o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas. Modifica-se, assim, seu estatuto teórico. Não é mais nem contemplação, nem manifestação de autoridade, nem exegese à moda medieval, mas capacidade de reprodução artificial (laboratorial) de processos naturais. Ela adquire, assim, um novo critério, que é o critério de todas as técnicas: sua funcionalidade" (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 45).

⁹ Especialmente importante, aqui, a questão da afirmação dos interesses burgueses. Vale citar, nesse sentido, a contribuição do papel da ideologia protestante na mudança da relação da compreensão do trabalho como vocação e na formação de um espírito capitalista: "Uma simples olhada nas estatísticas ocupacionais de qualquer país que possua uma composição religiosa diversificada traz à tona com marcante frequência uma situação que provocou discussões na imprensa e na literatura católicas, além dos congressos católicos na Alemanha. Tal situação, é dito em termos claros, o fato de que os líderes empresariais e detentores do capital, assim como os trabalhadores com maiores níveis de qualificação, e tanto mais o pessoal mais bem treinado técnica e comercialmente das empresas modernas, são, em esmagadora maioria, protestantes" (WEBER, 2013, p. 33).

riquezas.¹⁰ Efetivamente, a garantia jurídica está, em sentido amplo, diretamente a serviço de interesses econômicos, afinal, não é apenas uma nova ciência que está a surgir, “São também os Estados nacionais modernos e o mercado. Um soberano que pretende exercer o monopólio da legislação e da jurisdição, como antes não havia, e uma vida econômica de trocas e de mercadorias” (LOPES, 2014, p. 206). E mesmo quando este não é o caso, não há dúvida de que os interesses econômicos pertencem aos fatores de influência mais poderosos na formação do direito, uma vez que todo poder garantidor de uma ordem jurídica se apoia, de alguma forma, sobre a ação consensual dos grupos sociais atingidos, os quais estão também condicionados, por sua vez, por constelações de interesses materiais (WEBER, 2015a, p. 225).

3 O ESTADO MODERNO E A DOMINAÇÃO LEGAL-RACIONAL

O Direito irá, deste modo, assumir um papel fundamental na constituição da arquitetura moderna. O aparecimento e o desenvolvimento do Estado moderno possuem, com efeito, uma correlação íntima com o modelo de legitimação fundado no espírito objetivo e legalista pertencente à dinâmica do Direito (BITTAR, 2014, p. 46). Nesse sentido,

A característica formal do Estado atual é a existência de uma ordem administrativa e jurídica que pode ser modificada por meio de estatutos, pela qual se orienta o funcionamento da ação associativa realizada pelo quadro administrativo (também regulado através de estatuto) e que pretende vigência não apenas para os membros da associação – os quais pertencem a esta essencialmente por nascimento – senão, também, de maneira abrangente, para toda ação que se realize no território dominado (portanto, à maneira da instituição territorial). É característica também a circunstância de que hoje só existe coação física “legítima”, na medida em que a ordem estatal a permita ou prescreva. [...] Esse caráter monopólico do poder coativo do Estado é uma característica tão essencial de sua situação atual quanto seu caráter racional, de “instituição”, e o contínuo, de “empresa” (WEBER, 2015a, p. 35).

O Estado moderno, desta forma, de acordo com Max Weber (2015a, p. 34), irá se configurar como um tipo de associação política na qual a subsistência e a vigência de suas ordens, as quais se dão dentro de um determinado território geográfico, estarão garantidas de modo contínuo mediante a ameaça da aplicação de coação física por parte de um quadro administrativo.¹¹ Assim, para Weber (2015a, p. 34), “Uma empresa com caráter de instituição política denominamos *Estado*, quando e na medida em que seu

¹⁰ Nesse sentido, merece atenção a seguinte passagem: “[...] para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do direito significaram, em termos gerais e com a reserva de uma limitação posterior, a calculabilidade crescente do funcionamento da justiça – uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da ‘segurança de tráfico’ jurídica” (WEBER, 2015b, ps. 144).

¹¹ Quanto ao caráter específico do Estado moderno, merece menção o fato de que: “Não é possível definir uma associação política – mesmo o ‘Estado’ – com referência ao fim de sua ‘ação de associação’. Desde os cuidados do abastecimento de alimentos até a proteção das artes não existe nenhum fim que as associações políticas não tenham perseguido, em algum tempo, pelo menos ocasionalmente, e desde a garantia da segurança pessoal até a jurisdição, nenhum que tenham perseguido todas as associações. Por isso, o caráter ‘político’ de uma associação só pode ser definido por aquele meio – às vezes elevado ao fim em si – que não é sua propriedade exclusiva, porém constitui um elemento específico e indispensável de seu caráter: a coação física” (WEBER, 2015a, p. 34).

quadro administrativo reivindica com êxito o *monopólio legítimo* da coação física para realizar as ordens vigentes”.

Um ponto decisivo aqui é a questão da *legitimidade*.¹² Se o Estado é uma empresa com caráter de instituição política, e uma associação política é uma associação de dominação, é essencial que se esclareça qual é a dominação exercida pelo Estado moderno. Max Weber (2015a, p. 139) define dominação como “[...] a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas”. A dominação, por sua vez, para sua efetividade, vai depender sempre, entre outros fatores, da crença na legitimidade. Deste modo, dependendo da natureza da legitimidade pretendida, diferenciar-se-á o tipo de obediência e o quadro necessário destinado à sua garantia, bem como também o caráter da dominação exercida (WEBER, 2015a, p. 139).

A dominação, conforme as apresenta Max Weber (2015a, p. 141), em sua forma *legítima*, pode se dar de três formas ideais: de caráter *tradicional* (baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, por causa destas tradições, representam a autoridade – que se denomina *dominação tradicional*); de caráter *carismático* (a qual se baseia na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por estas criadas ou reveladas – a que se denomina *dominação carismática*); e, enfim, aquela que vem a ser a base da legitimação do Estado moderno, que é a *dominação legal*, a qual possui um caráter *racional* (que tem como base a crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, por causa destas ordens, estão nomeados a exercer a dominação).

A dominação legal, por sua vez, embora possa assumir formas diversas, possui como estrutura de dominação mais pura aquela feita dentro do quadro *administrativo*, do “funcionalismo”, ou seja, do aparelho “burocrático”.¹³ Esta é, para Max Weber (2015a, ps. 145-146), a forma mais *racional* de exercício da dominação,¹⁴ visto

¹² E por qual razão a legitimidade é importante? Ela é, de fato, essencial, pois embora a possibilidade da coerção seja fundamental ao Estado, não há garantias de que o poder adquira estabilidade ou efetividade quando baseado somente na coerção. Logo, “Para manter a autoridade política, o poder baseado exclusivamente na força física é tanto instável quanto ineficaz. É importante obter a dominação *legítima*, isto é, a probabilidade de que um comando com determinado conteúdo específico seja obedecido por determinado grupo de pessoas” (MORRISON, 2012, p. 330).

¹³ “Seja o que for, ocorra o que ocorrer, seja quem for governante, o Direito é um ordenamento de regras que definem, previamente a qualquer mandato ou exercício de cargo, as competências, atribuições e funções do exercente do poder. Ora, dessa neutralidade decorre um modo de estruturação, estabilização e manutenção do Estado extremamente favorável ao crescimento do espírito burocrático, uma vez que a burocracia é a máxima expressão da literalidade das regras, dos procedimentos e da estabilidade das instituições de Estado. Se há vários tipos de dominação legítima (tradicional, para a qual a obediência decorre da tradição; carismática, para a qual a obediência decorre da virtude ou do dom do dominante; e, legal, para a qual a obediência se funda numa ordem normativa e de competências previamente definidas), juntamente com o Estado Moderno se afirma a dominação legal-racional como modelo fundante das relações estruturais do corporativismo jurídico burocrático” (BITTAR, 2014, p. 46).

¹⁴ Vale ressaltar que a dominação legal tem entre as suas principais ideias vigentes, entrelaçadas entre si, 1) a ideia de que todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser estatuído de modo racional, referente a fins ou valores; 2) que todo direito é, conforme sua essência, um cosmos de regras abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções, que a judicatura é a aplicação destas normas gerais ao caso particular e que a administração significa o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação, podendo atuar somente dentro dos limites das normas jurídicas e conforme princípios indicáveis de modo geral; 3) que o senhor legal típico, o “superior”, enquanto ordena o faz mediante obediência à ordem impessoal pela qual orienta as suas

que nela se alcança *tecnicamente* o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor, confiabilidade, intensidade e extensibilidade dos serviços, os quais são aplicados de maneira formalmente universal, o que promove uma *calculabilidade*, tanto para o senhor quanto para os indivíduos interessados sobre todas as espécies de tarefas.¹⁵ Nesse sentido, o desenvolvimento de formas de associação “modernas” em todas as áreas – Estado, igreja, exército, partido, empresa econômica, associação de interessados, união, fundação e etc. – representam puramente o espraiamento contínuo da racionalidade da administração burocrática, desenvolvimento este que constitui a própria célula germinativa do moderno Estado ocidental (WEBER, 2015a, ps. 145-146).

Todavia, a prevalência da dominação legal acarretou também outras consequências. Em paridade a essa burocratização, legitimada pela normatividade, e de diversos modos a ela imbricada, também se desenvolveram outros mecanismos e técnicas de controle, os quais se enquadram dentro do que Michel Foucault denominou de *poder disciplinar*. Este tipo de poder, vale dizer, comporta todo um conjunto de instrumentos, técnicas, procedimentos, alvos e níveis de aplicação, configurando-se, assim, como “[...] uma ‘física’ ou uma ‘anatomia’ do poder, uma tecnologia” (FOUCAULT, 2014, p. 208). Foucault (2014, p. 208) fala mesmo na formação de uma “*sociedade disciplinar*”,¹⁶ tendo em vista que a disciplina

[...] pode ficar a cargo seja de instituições “especializadas” (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX), seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado (as casas de educação, os hospitais), seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder (um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na célula pais-filhos, se “disciplinaram”, absorvendo desde a Era Clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicológicos, que fizeram da família o local de surgimento privilegiado para a questão da disciplinar do normal e do anormal), seja de aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior (disciplinação do aparelho administrativo a partir da época napoleônica), seja, enfim, de aparelhos estatais que têm por função não exclusiva, mas principalmente, fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade (a polícia).

O que se quer aqui salientar, a partir destas considerações, é que simultaneamente ao processo de instituição da *forma jurídica*, baseada na dominação

disposições; 4) que quem obedece só o faz enquanto membro da associação, e obedece somente “ao direito”; e, por fim, 5) que os membros da associação, ao obedecerem ao senhor, não o fazem à sua pessoa, mas sim àquelas ordens impessoais, razão pela qual estão somente obrigados à obediência dentro da competência objetiva, racionalmente limitada, que lhe foi atribuída por estas ordens (WEBER, 2015a, p. 142).

¹⁵ Esta é a razão pela qual se pode dizer que tal estruturação jurídica servia a interesses burgueses: “Entre aquelas de indubitável importância, estão as estruturas racionais do direito e da administração. Isso porque o moderno capitalismo racional tem a necessidade não somente dos meios técnicos de produção mas de um sistema legal e administrativo calculável em termos de regras formais” (WEBER, 2013, p. 24).

¹⁶ Conforme Márcio Alves da Fonseca (2012, p. 163), isto significa que: “Historicamente, para Foucault, ‘sociedade disciplinar’ é o nome que pode ser dado às sociedades ocidentais modernas (séculos XIX e XX). Elas se caracterizam pela formação de uma rede de instituições no interior das quais os indivíduos são submetidos a um sistema de controle permanente. Esse tipo de sociedade é que irá permitir a fixação dos indivíduos aos aparelhos produtivos em funcionamento num modo de produção capitalista”.

legal e na garantia de um sistema de direitos igualitários, o qual também se deu de modo contíguo ao processo no qual a burguesia veio a tornar a classe politicamente dominante, uma outra forma de poder se instalou, o *poder disciplinar*, o qual embora não esteja na dependência imediata das estruturas político-jurídicas, delas também não são absolutamente independentes. Para Foucault (2014, p. 214), o desenvolvimento e a generalização desta outra forma de poder representa a vertente obscura do mencionado processo,¹⁷ pois os dispositivos disciplinares funcionam quase como que uma espécie de “*contradireito*”.¹⁸

Isto interessa sobremaneira para os presentes propósitos, pois o que a pesquisa arqueológica foucaultiana demonstra é que, no projeto da modernidade, há um forte sentido de *normalização*,¹⁹ do qual a *normatização* participou (e ainda participa) como instrumento jurídico de homogeneização dos comportamentos, no desiderato de criar as condições necessárias para a fabricação do homem-modelo ideal para a garantia do sistema moderno (BITTAR, 2014, ps. 50-51). Nesse sentido, o Direito funciona como um ingrediente cada vez mais importante da ideia de *normalização*,²⁰ no sentido de

¹⁷ A vertente obscura de um poder orientado para fins específicos: “[...] tornar o exercício do poder o menos custoso possível (economicamente, pela parca despesa que acarreta; politicamente, por sua discrição, sua fraca exteriorização, sua relativa invisibilidade, o pouco que a sua resistência suscita); fazer com que os efeitos desse poder social sejam levados a seu máximo de intensidade e estendidos tão longe quanto possível, sem fracasso nem lacuna; ligar enfim esse crescimento ‘econômico’ do poder e o rendimento dos aparelhos no interior dos quais se exerce (sejam os aparelhos pedagógicos, militares, industriais, médicos), em suma fazer crescer ao mesmo tempo a docilidade e a utilidade de todos os elementos do sistema” (FOUCAULT, 2014, p. 211).

¹⁸ Atuam como um “contadireito”, pois “[...] enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam. De qualquer modo, no espaço e durante o tempo em que exercem seu controle e fazem funcionar as assimetrias de seu poder, elas efetuam uma suspensão, nunca total, mas também nunca anulada, do direito. Por regular e institucional que seja, a disciplina, em seu mecanismo, é um ‘contradireito’” (FOUCAULT, 2014, p. 215).

¹⁹ Mecanismo, deve-se dizer, inseparável do funcionamento jurídico-antropológico da penalidade moderna. Contudo, de acordo com Foucault, este fenômeno seria ainda mais antigo: “Aparece, por meio das disciplinas, o poder da Norma. Nova lei da sociedade moderna? Digamos antes que desde o século XVIII ele veio se unir a outros poderes obrigando-os a novas delimitações; o da Lei, o da Palavra e do Texto, o da Tradução. O normal se estabelece como princípio de coerção no ensino, com a instauração de uma educação estandardizada e a criação das escolas normais; estabelece-se no esforço para organizar um corpo médico e um quadro hospitalar da nação capazes de fazer funcionar normas gerais de saúde; estabelece-se na regularização dos processos e dos produtos industriais. Tal como a vigilância e junto com ela, a regulamentação é um dos grandes instrumentos do poder no fim da Era Clássica” (FOUCAULT, 2014, p. 215).

²⁰ Para o correto entendimento do termo, apontando a diferença entre o caráter “normativo” da lei e a “normalização”: “É necessário marcar a diferença entre ambas, com o intuito de se mostrar que não há uma concepção meramente imperativista de lei em Foucault. Nesse sentido, pode-se citar a entrevista de Mireille Delmas-Marty, que aborda o tema da lei a partir do pensamento foucaultiano. Em um momento da entrevista, dirá que Foucault descreve, em *Vigiar e punir* e em *A vontade de saber*, a passagem ‘da lei à norma’ e que esta seria um dos ‘problemas maiores do direito atualmente’, pois o movimento da referida passagem não seria um ‘deslizamento’ num único sentido. Não se estaria ‘passando’ da lei à norma. Mas o que haveria entre ambas seria uma espécie de ‘engavetamento’. E a descrição desse ‘engavetamento’ só poderia ser feita a partir da consideração de dois conceitos: a ‘normatividade’ da lei e a ‘normalização’. Enquanto o primeiro, apesar dos ‘movimentos’ que envolve, está sempre referido a limites e interdições, ou seja, ao plano de um ‘dever-ser’, o segundo reporta-se às noções de ‘média’ ou ‘medida’, estando referido ao plano do ‘ser’. De um lado, a ‘normatividade’ da lei responde aos critérios de ‘medida’ dados pela norma. De outro lado, a norma se reporta às formas da lei para atuar concretamente” (FONSECA, 2012, ps. 148-149, grifo nosso).

instrumento codificador e massificador de comportamentos sociais, o qual, sem dúvida, nunca deixou de fazer parte do seu *modus operandi*.

4 O DIREITO MODERNO, O POSITIVISMO JURÍDICO E O ESVAZIAMENTO TECNICISTA DO DIREITO

No âmbito específico da teoria do direito, a prevalência da dominação racional-legal vai acarretar o que se pode denominar de “*juridificação*” do Estado.²¹ Esta “*juridificação*”, por sua vez, já traz os indícios daquela ideologia que tornar-se-á paulatinamente predominante na teoria e na *práxis* jurídica, isto é, o *positivismo jurídico*.²² Não somente isso, mas ela denota também a profunda conexão existente entre Max Weber e o jurista alemão Hans Kelsen, tendo em vista que:

Segundo Weber, a formação do Estado moderno se caracteriza por um processo de racionalização formal, processo que dá lugar àquela forma de poder legítimo que Weber chama legal-racional. A característica do poder legal-racional é ser um poder regulado em todos os níveis, do mais baixo ao mais alto, por leis, isto é, por normas gerais e abstratas impostas por um poder *ad hoc*. A mim me parece que a construção em graus do ordenamento jurídico, em que culmina a teoria pura do direito, seja uma representação fiel ou a representação mais adequada do Estado legal-racional, cuja formação constitui, segundo Weber, a linha tendencial do Estado moderno. Em outras palavras, a teoria estrutural de Kelsen (estrutural no sentido que define o direito e, por conseguinte, o Estado a partir da estrutura do ordenamento), se apresenta em conexão estreita com a Estrutura do Estado moderno, entendido weberianamente como Estado legal-racional (BOBBIO, 2008, ps. 238-239).

Para Kelsen (2016, p. 253), Weber fez “Até agora, a tentativa mais bem-sucedida de definir o objeto de uma sociologia do Direito”. Isso se deve ao fato de que, apesar da existência de divergências entre estes dois pensadores,²³ ambos concordam em um ponto muito importante, que é a necessidade da “[...] distinção dos dois pontos de vista, do sociólogo e do jurista, e respectivamente das duas esferas, a esfera do ser e a do dever ser, sobre a qual se fundam as duas ciências” (BOBBIO, 2008, p. 229),

²¹ “Com o avanço do positivismo jurídico, que significou limites cada vez mais rígidos entre direito e moral, de um lado, e direito e política, do outro, e encaminhou um processo de tecnicização cada vez maior do direito público, tem se acentuado a tendência para tratar o Estado do ponto de vista do Direito ou, se me for permitido designar esta tendência com uma única palavra, a ‘juridificar’ o Estado. Essa tendência é clara, segundo Kelsen, em Weber” (BOBBIO, 2008, p. 232).

²² “Por positivismo jurídico como teoria entendo aquela concepção particular do direito que liga o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercer a coação: o Estado. Trata-se aqui da comum identificação do positivismo jurídico com a teoria estatalista do direito. Historicamente, essa teoria é a expressão ou tomada de consciência, por parte dos juristas, daquele complexo fenômeno na formação do Estado moderno, que é a monopolização do poder de produção jurídica por ele” (BOBBIO, 2016, p. 134).

²³ A principal divergência aqui, conforme constata Norberto Bobbio (2008, ps. 226-229), seria o fato de que Weber fala sobre a existência de dois tipos de validade, a “validade ideal”, que diz respeito ao plano do dever ser, sobre o qual se coloca a ciência do direito, e a “validade empírica”, que diz respeito ao plano do ser, sobre o qual se coloca a sociologia jurídica. Kelsen, enquanto defensor da Teoria Pura do Direito, discorda desta divisão, aceitando somente o conceito de “validade” no sentido correspondente à “validade ideal” weberiana. Aos temas weberianos que dizem respeito à “validade empírica”, na “Teoria Pura” irão corresponder ao problema da eficácia do ordenamento jurídico.

distinção esta que, no tempo em que foram formuladas, eram ou negadas ou não reconhecidas pelos expoentes da jurisprudência sociológica²⁴ (BOBBIO, 2008, p. 229).

Obviamente, deve-se frisar, a veracidade destas aproximações²⁵ depende de ambos os pensadores poderem ser alocados dentro do movimento do positivismo jurídico, por meio do qual vem a ocorrer este processo de juridificação do Estado e de estatização do direito, razão pela qual o último vem a ser cada vez mais identificado com o conjunto de normas ligadas direta ou indiretamente ao aparelho coativo do Estado (em sua forma completa, o próprio Estado). Cumpre esclarecer, portanto, que enquanto Kelsen é um positivista declarado, Weber somente pode ser assim considerado de modo indireto, ou seja, é um positivista na medida em que reconhece no Estado moderno um processo de progressiva positividade do direito e da progressiva eliminação de qualquer forma de direito que não aquele imposto pelo Estado, como o direito natural, o direito revelado e o direito tradicional (BOBBIO, 2008, p. 235).

De fato, levando em consideração a menção elogiosa a Weber por Kelsen quanto ao seu sucesso na definição de uma sociologia do direito, o que a "Teoria Pura do Direito" parece ser é a concretização, no direito, da cisão já reconhecida por Weber entre o Direito e as demais esferas, porém, em Kelsen, sublimada e levada às últimas consequências. Desta forma, como teoria, a Teoria Pura "[...] quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito" (KELSEN, 2009, p.1).

Portanto, é da pretensão de ser uma teoria do Direito positivo (do Direito positivo em geral e não de uma ordem jurídica especial) que surge um dos seus principais imperativos, por meio do qual Kelsen realiza um profundo distanciamento da sociologia jurídica,²⁶ que é a noção de *pureza*:

²⁴ Quanto a isto, podem ser citados os nomes de Eugen Erlich e Franz Jerusalem, visto que para ambos os autores somente a sociologia jurídica seria uma autêntica ciência do direito (LARENZ, 1997, ps. 83-91).

²⁵ Nesse sentido, Norberto Bobbio (2008, p. 234): "Quem tiver alguma familiaridade com o pensamento kelseniano não demora a perceber a conexão bem estreita entre a teoria weberiana e a kelseniana do direito e do Estado quanto à impositação geral, à posição central do conceito de coação, e à definição meramente estrutural do Direito e do Estado, quanto à recusa de qualquer referência aos fins, embora para Kelsen o Direito, e não o Estado, deva ser definido não teleologicamente (como 'técnica social específica'), quanto à concepção do Estado como monopólio da força e assim por diante".

²⁶ "A ciência do direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objecto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método conserva-se 'puro' de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa 'ciência de factos' (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de 'proposições de fé', sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento 'puro', não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objecto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar a serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência*. À ciência do Direito que satisfaz a existência da 'pureza do método', chama Kelsen 'teoria pura do Direito'" (LARENZ, 1997, p. 93).

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2009, p.1).

Nesse sentido, determinando conceitualmente o objeto da sua teoria, diz Kelsen (2009, p. 33) que,

Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e diferentes épocas, são designados como “Direito”, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.

Tem-se, logo, para Kelsen, um conceito de direito que se subsume à norma jurídica,²⁷ a qual se enquadra num ordenamento jurídico construído de modo escalonado, de diferentes camadas ou níveis normativos. Este sistema será hermeticamente fechado, puro,²⁸ e possuirá um caráter de unidade,²⁹ a qual é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de todas as suas normas terem sido produzidas de acordo com uma outra norma, que lhe é superior e lhe garante validade, em um processo de escalonamento que possui como fim uma norma fundamental pressuposta (*Grundnorm*),³⁰ a qual tem a função de garantir o fundamento de validade último do

²⁷ “Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam ao conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais” (KELSEN, 2009, p. 84).

²⁸ “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a Ciência Jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou depreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito” (KELSEN, 2009, p. 77).

²⁹ “Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem” (KELSEN, 2009, p. 228).

³⁰ “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, 2009, p. 217).

sistema e também de assegurar a unidade desta interconexão criadora (KELSEN, 2009, p. 247).

O Direito, portanto, é uma ordem da conduta humana que se diferencia das demais ordens, principalmente, por se apresentar como uma ordem coativa.³¹ Este é, ademais, outro ponto no qual concordam Weber e Kelsen, isto é, a importância central que ambos dão à *coação*. Kelsen, partindo da constatação de que a coação é um elemento constitutivo do direito e definidor do ordenamento jurídico como ordenamento coercitivo, formula uma definição formal do direito. Deste modo, o que de fato caracterizaria o direito não seriam as diversas matérias reguladas (ou seja, não faz referência a nenhum conteúdo, fim ou valor), mas justamente a forma de como se dá a regulamentação, em particular, a regulamentação mediante o *exercício do poder coativo* (BOBBIO, 2016, p. 111).

A Teoria Pura do Direito tem, desta maneira, como observa Bittar (2018, p. 65), um caráter *eminentemente formalista*, tendo em vista que assume que o Direito se resume à perspectiva da norma, assim como discute também toda a noção de norma a partir da ideia de validade como pertinência formal ao sistema jurídico hierarquicamente organizado. Isto, deve-se dizer, termina por estrangular toda a discussão sobre o Direito, e sobre a Justiça, na linha de avaliação quanto ao que está dado como válido pelo sistema, “Afinal, se pode dizer que um direito positivo ‘... pode ser justo ou injusto; a possibilidade de ser justo ou injusto é uma consequência essencial do fato de ser positivo” (BITTAR, 2018, p. 65).

Tais demarcações são necessárias, pois este conceito de direito proposto por Kelsen, de orientação *positivista-normativista*, no qual subjaz uma ideia de legalidade e de um ordenamento jurídico sistematizado de fontes jurídicas, escalonado, hierárquico, positivado, rigidamente organizado na distribuição de competências, foi certamente o maior dispersor entre as tendências teóricas que influenciaram os juristas do século XX.³² Contudo, vale lembrar que, apesar de ser a legalidade um ponto extremamente forte no pensamento de Kelsen, com sua pirâmide de normas jurídicas, trata-se (a legalidade), em verdade, uma invenção do século XIX.³³ Isso quer dizer que a matriz das concepções de Estado, do Direito e da Política remonta a um contexto histórico anterior ao vivido por Hans Kelsen, mas que certamente o influenciaram. Essas concepções, vale ainda

³¹ “Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo” (KELSEN, 2009, p. 37).

³² Pode-se dizer, assim, com Eduardo Bittar (2018, p. 190), que “O resultado disto é que a positivação do Direito europeu traz consigo uma nova ideologia teórica, a do *juspositivismo e suas Escolas*, como consequência da absolutização da visão de mundo segundo a qual todo o Direito se esgota na *lei moderna*. Também, de que o Direito é a culminância de todos os modos pelos quais se organiza a vida social, e, portanto, o único instrumento de acesso ao futuro”.

³³ “A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é o fundamento do chamado positivismo jurídico, corrente dominante, em vários matizes, no século XIX” (Ferraz Junior, 2015, p. 49). Também nesse sentido, Eduardo Bittar (2014, p. 64): “Nesse contexto de assentamento do positivismo, são de destacar a Escola Histórica, entendendo o direito como um sistema em movimento na história, a Escola Pandectista, compreendendo que o retorno ao Direito Romano como fonte seria o caminho metodológico mais adequado para o resgate da experiência romana, e a Escola da Exegese, entendendo ser a interpretação literal o melhor recurso para o exercício da fidelidade à letra da lei (Código Civil Francês), além da importante Escola da Jurisprudência dos conceitos, e da Escola da Jurisprudência dos Interesses, todas escolas vinculadas a discutir a real condição na qual se implantaria o projeto positivista, cada qual de acordo com seu entendimento”.

ressaltar, foram gestadas no contexto do assentamento da ordem burguesa, da hegemonia econômica do capitalismo, do racionalismo científico positivista e do liberalismo político, fatores estes que reclamam a formação de um Direito seguro, estável,³⁴ documental, rígido e formal, capaz de salvaguardar a sociedade dos arbítrios do soberano e de conferir igualdade formal a todos, de modo indistinto, permitindo, assim, que o mercado aja por suas próprias forças, sob a proteção de direitos e garantias (BITTAR, 2014, ps. 59-61).

Pode-se dizer, portanto, que em se tratando da afirmação do espírito moderno, o seu reflexo na teoria do direito será o estabelecimento da cultura do positivismo jurídico, como um reflexo do *positivismo científico do século XIX*.³⁵ E, no entanto, embora isso seja verdade, uma observação importante se faz aqui necessária. É verdade que o positivismo tomou conta das ciências da época, todavia, isso não nos possibilita falar em um positivismo “puro”. É mais apropriado, nesse sentido, se falar em “positivismos”: enquanto se pode afirmar que os “positivismos” possuem uma “matriz” epistemológica comum, necessita-se saber que a maneira como o positivismo incidiu nas diferentes áreas não se deu de modo simétrico e unívoco. Em outras palavras, pode-se dizer que embora exista uma identidade epistemológica, há divergências de abordagem e especificidades próprias em cada um dos “positivismos”: existe o positivismo de Augusto Comte (conhecido como o fundador dessa corrente de pensamento), que seria uma espécie de “positivismo filosófico”; há também um “positivismo sociológico”, que é aquele de Émile Durkheim; há ainda um “positivismo histórico” (o qual se afasta do positivismo comteano em vários aspectos); e, por fim, aquele que mais nos interessa, um “*positivismo jurídico*”, em verdade mais antigo que o positivismo de Augusto Comte, e que tem entre suas origens a Escola da Exegese na França (FONSECA, 2013, p. 144).

O estabelecimento do padrão positivista, então, irá trazer algumas importantes consequências, como por exemplo, paralelamente a este crescimento do Direito, o crescimento da *ordem* (que se torna parte da bandeira positivista), da expansão do mercado, da intensificação da acumulação do capital, da fetichização do *progresso* (também tornada bandeira do positivismo) e do aparelhamento do Estado. E, no que tange especificamente ao conteúdo do direito, como corolário da neutralidade objetivista que tende a afastar qualquer pressuposto naturalista, metafísico, sociológico, histórico e antropológico do direito (ou seja, a sua “pureza”), o que se encontrará será somente a noção de um Direito esvaziado, meramente *tecnicizado* (BITTAR, 2014, ps. 54-55).

Em todo caso, o reflexo específico da ideologia positivista no direito foi que os juristas elegeram um objeto e o privilegiaram acima de tudo: *a lei, o ordenamento positivo*.³⁶ Esta eleição, deve-se observar, somente se tornou possível, como visto, por

³⁴ Conforme aponta Norberto Bobbio (2016, p. 123), a tendência ao formalismo dos juristas emerge da própria natureza e da função do direito na sociedade, de modo que “Ora, nesse contínuo retorno do conceito de forma nos diversos planos em que se articula a experiência jurídica, há, embora nem sempre consciente, a exigência de afirmar a *função estabilizadora* do direito”.

³⁵ De acordo com Michel Villey (2003, p. 183), “Inaugura-se neste momento, triunfante junto aos juristas, a época do positivismo. Refiro-me aqui ao positivismo científico. Desconfiemos desta palavra, preenhe de equívocos: o ‘*positivismo jurídico*’ não passava inicialmente de uma doutrina acerca das fontes do direito (toda solução deve ocorrer da lei *posta* pelo príncipe)”.

³⁶ Conforme explicita Norberto Bobbio (2006, p. 26), o positivismo jurídico “[...] é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste

conta da formação do Estado moderno, que, em processo de transformação em Estado liberal, havia conseguido estabelecer-se, rogando para si a centralização das fontes normativas, com a centralização da jurisdição e com o ideário do constitucionalismo, de modo que toda normatividade passava, assim, a depender de regras constitucionais. Por outro lado, o Estado liberal e burguês, que emergiu no século XIX, tinha a mesma pretensão totalizante do mercado, da moeda e da mercadoria, obedecendo a uma contínua expansão territorial e funcional. Logo, a burocracia e o controle disciplinar também cresceram e, desta maneira, a atividade do jurista começa, então, a reduzir-se à exegese da legislação (LOPES, 2014, ps. 212-213).

Contudo, não se pode negar que o positivismo jurídico tenha produzido somente consequências negativas, pois, por um lado, ele contribuiu, no sentido de que forneceu uma dimensão integrada e científica do direito. Porém, por outro lado, a sua metodologia identifica que o que não pode ser racionalmente provado não pode ser conhecido, e isso, sem dúvida nenhuma retira os fundamentos e as finalidades que o direito poderia ter.³⁷ Ele torna o direito, de fato, satisfeito com apenas o que *ictu oculi* se pode identificar, contentando-se com as exigências da observação e da experimentação, de onde vem justamente sua *restrição ao direito posto* (BITTAR, 2014, p. 55).

O positivismo jurídico, portanto, ao assim proceder, isto é, ao promover um esvaziamento da noção de Direito como uma dimensão de poder fundada em uma ordem metafísica, ou natural, ou ainda natural-transcendental, prepara o terreno para o aparecimento de uma noção de Direito *tecnicizada*,³⁸ esvaziada de seu conteúdo axiológico,³⁹ voltado somente para a dimensão da positividade, de modo que o que está fora dele passa a ser considerado invenção ou idealismo relativista (BITTAR, 2014, p. 55). O direito moderno, nesse sentido, de acordo com João Maurício Adeodato (2002, p. 98),

[...] pode ser visto dentro de um contexto de progressivo esvaziamento de conteúdos axiológicos, os quais tradicionalmente forneciam as bases conceituais do direito positivo. Em outras palavras, a modernidade caracteriza-se pelo abandono do essencialismo ontológico em prol de um nominalismo semântico e de um positivismo funcionalista.

momento o acréscimo do adjetivo 'positivo' ao termo 'direito' torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*".

³⁷ Michel Villey (2003, p. 183) denomina isto de morte dos fins: "O positivismo científico introduzido no direito levou, num primeiro momento, a restringir o direito aos textos: 'O direito é o conjunto das leis existentes.' Mais tarde, livramo-nos do preconceito do legalismo, que nada justificava cientificamente. A ciência do direito estendeu-se a outras espécies de 'fatos jurídicos' (jurisprudenciais, de costumes, etc.). Mas recusa-se a considerar os fins do ofício judiciário".

³⁸ Para Tercio Sampaio Ferraz Junior (2015, p. 02), o direito se manifesta hoje, no mundo burocratizado das sociedades ocidentais, "[...] como um fenômeno decisório, um instrumento de poder, e a ciência jurídica como uma tecnologia". A ciência dogmática do direito, portanto, encara seu objeto, "[...] o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente" (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 56).

³⁹ "Sem dúvida a cultura europeia ocidental passa por um esvaziamento de conteúdo axiológico que prepara a emancipação do direito das demais ordens normativas, como a religião e a moral" (ADEODATO, 2002, p. 194).

Pode-se, assim, já indicar qual a consequência teórica da neutralidade axiológica tentada pelo positivismo.⁴⁰ Ao se utilizar a Teoria Pura do Direito kelseniana como parâmetro, de acordo com esta concepção, o que se tem é uma identificação entre validade e funcionalidade: tudo o que funciona é válido, e poder é tudo aquilo que promove a obediência. Nesse sentido, a legitimidade para uma tal teoria não deriva, em verdade, do legal ou da compatibilidade vertical de normas jurídicas, mas da simples obtenção de obediência: tudo que a produz é poder, e poder legítimo. Assim, a *violência* passa a ser considerada uma forma de poder. A partir desta identificação entre efetividade e legitimidade, esta se confunde com a habilidade do poder em dirimir conflitos e evitar crises, de modo que a legitimidade, assim, assume um conteúdo meramente ideológico e tão somente *instrumental* (ADEODATO, 2002, p. 61).

O Direito e a concepção jurídica dominante, o positivismo jurídico, irão, enfim, entrar em crise no século XX, tendo em conta especialmente os acontecimentos catastróficos que se sucederam sob o seu jugo, a exemplo da existência de fenômenos como o de Auschwitz, verdadeira *fratura histórica da modernidade*, que desafia o conceito de direito, tornando imperativa a sua crítica, sua re-problematização e até mesmo sua atualização.⁴¹ O resultado será, então, uma *crise do direito* que se apresenta, por um lado, com a crítica dos pressupostos modernos que possibilitaram estes cenários, com a crítica do progresso e da filosofia positivista, e, por outro, uma crítica especificamente no campo do direito, promovida por diversos movimentos. Alguns destes movimentos possuíam pressupostos comuns, razão pela qual se pode identificá-los genericamente como uma “*revolta contra o formalismo*”.⁴²

No que tange à “*revolta contra o formalismo*”, Norberto Bobbio (2016, p. 37) assevera que um dos seus elementos talvez seja o compartilhamento de uma convicção que os juristas tinham sua parte de responsabilidade na crise que passava e que essa responsabilidade “[...] derivava da resignada adoração da lei positiva, da exasperação do tecnicismo, que impedira a visão dos fundamentos e da finalidade última do direito, da excessiva confiança na construção e no sistema”. Diante de um sentimento incômodo comum, dessas tendências de “*revolta contra o formalismo*”, afluíram tendências diferentes, mas que comungavam com o propósito comum de revisão das teorias jurídicas até então dominantes.⁴³

⁴⁰ Nesse sentido: “Que noção de Direito se tem desde então? O Direito como forma para um conteúdo (qualquer), o Direito como forma que tudo comporta e tudo suporta (democracia, oligarquia, tirania), o Direito como conjunto de relações entre normas, dentro de esquemas abstratos de validade (pertinência ao *mundus iuris*). A tecnicização da tarefa do jurista corresponde a um esvaziamento da noção de Direito; este se esgota em sua definição como conjunto de normas postas pelo Estado” (BITTAR, 2018, p. 194).

⁴¹ “E, aí sim, nos debruçamos sobre a *cicatriz histórica da modernidade*, no seio do século XX, que desafia o conceito do direito a se *re-problematizar* e, por isso, a se atualizar: *Auschwitz*, como fruto da doutrina do nacional-socialismo antissemita, como fenômeno histórico-mortífero, como estrutura de dizimação humana, como símbolo do horror, como barbárie planejada que desafia a concepção de civilização” (BITTAR, 2018, p. 66).

⁴² Sobre a crise do direito, as palavras de Norberto Bobbio (2016, ps. 35-37): “Nos primeiros anos depois da guerra, a literatura jurídica italiana encheu-se de exames de consciência. Era como se a ditadura com os seus crimes, a guerra com as suas ruínas, a libertação com os seus problemas tivesse interrompido cruelmente o sossego que durava havia cinquenta anos”. E, em outra passagem, “Que o direito estava em crise, isso era unanimidade. Mas os pareceres discordavam com relação às causas, ao significado, aos remédios para superar a crise. Ora se tratava da crise do estado de direito, ora do princípio de legalidade e da certeza, ora da ciência jurídica, ora do sentimento de justiça”.

⁴³ Quanto a isto, Bobbio aponta quatro tendências fundamentais: “1) uma crítica do positivismo jurídico, em defesa do direito natural (‘Volta do direito natural’); 2) uma crítica do estatalismo, em favor

Desta maneira, o que se observará no campo da teoria do direito contemporâneo será a promoção de um deslocamento, de modo que as categorias ligadas ao “paradigma positivista” irão cada vez mais perder espaço, dando azo, assim, à entrada no chamado paradigma “pós-positivista”: enquanto no paradigma positivista ocorria ainda uma exultação da razão jurídica moderna, focada no texto codificado, na onipotência do legislador, na ideia de um sistema fechado e consistente, de modo oposto, o que se encontrará no paradigma pós-positivista será a ideia de um sistema jurídico aberto, dinâmico, lacunoso e contraditório (BITTAR, 2018, ps. 436-437).

De qualquer forma, há que se dizer que, embora se possa identificar um grande avanço nas discussões sobre o direito nas diversas tendências dentro do paradigma pós-positivista, isto é, largamente diversas tentativas de tentar se destilar o direito das armadilhas do extremo formalismo e da redução do fenômeno jurídico à mera funcionalidade tecnicista, continua ainda muito difícil pensar o direito para além das lacerantes amarras do positivismo. Apesar destes esforços, parece ser muito difícil ainda pensar para além da normatividade, da legalidade estrita e da vigência como critério único de pertinência ao ordenamento jurídico, pois, apesar de tudo, este traço fundamental legado pelo direito moderno, na teoria e na prática jurídica, não se esgotou e continua agindo, com todas as suas diversas e negativas consequências.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito moderno, ao final do caminho, pode ser caracterizado como um direito cuja principal preocupação se localizou na radical experiência da secularização, da racionalização e da formalização, de modo que as ordens jurídicas modernas deixam de buscar seus fundamentos na tradição, na prudência e nos costumes, para, então, se fundarem e regularem por meio de leis, as quais possuem um caráter formal e genérico, evidenciando, assim, o forte senso instrumental do direito, isto é, o direito entendido como uma técnica burocratizada e racionalizada de controle social.

Desta forma, o Direito assume um fundamental papel na constituição da arquitetura moderna, pois o seu desenvolvimento está intrinsecamente ligado ao fenômeno do Estado e da estabilização da sua dominação. A legitimação do Estado e do seu monopólio do exercício da violência, como se viu, assenta-se naquela legitimação denominada legal-racional por Max Weber, o que significa que se cria para o Estado a observação contínua da aplicação da coação física por parte de um quadro administrativo, de modo a se garantir o permanente respeito, a vigência e a obediência de suas ordens.

Desta forma, pode-se dizer que a construção em graus do ordenamento jurídico, isto é, a construção escalonada de normas jurídicas proposta pela teoria pura do direito de Hans Kelsen, apresenta-se, para Norberto Bobbio, como a derradeira culminação e mais fiel representação do Estado legal-racional que, segundo Weber, veio a se constituir como a linha tendencial do Estado moderno. Nesta mesma via, o que se terá na modernidade será a emergência do positivismo jurídico como principal linha de

de uma retomada e de um alargamento da teoria institucional do direito ('Pluralismo jurídico'); 3) uma crítica do legalismo, que deveria ter aberto o caminho para uma revisão do problema das fontes do direito ('Crítica das fontes'); 4) uma crítica do conceptualismo jurídico, em nome de formas menos rígidas de interpretação e de uma jurisprudência mais aberta ao estudo empírico do direito ('A disputa sobre os métodos')' (BOBBIO, 2016, p. 37).

força e teoria dominante, o que terminará por culminar, nos termos aqui propostos, no espraiamento de um conceito de direito moralmente esvaziado, dominado pela violência instrumental funcionalista e pela mera tecnicidade.

Entender tais questões colocam-se como um verdadeiro imperativo para o jurista contemporâneo, pois somente ao se confrontarem as aporias e problemas legados a nós por todos estes componentes históricos e teóricos é que, talvez, tornar-se-á possível vislumbrar caminhos para além de um conceito de direito instrumental, vazio e inócuo, meramente mantenedor do *status quo* e reproduzidor da mais vasta gama de violências.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3. ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Classen. Revisão Técnica Marcelo Granato. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

_____. **Direito e poder**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo , v. 13, n. 37, p. 43-73, jun. 1998 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=pt&nrm=iso. acessos em 30 abr. 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Prefácio de François Terré. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguar. Revisão técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. 4ª ed. 4ª reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015a, v. 1.

_____. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão Técnica de Gabriel Cohn. 4ª ed. 4ª reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015b, v. 2.

_____. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução Mário Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2013.

FINKELSTEIN E STERN: O CONCEITO DE REGRA EM WITTGENSTEIN

Ana Carolina Greco PAES⁴⁴

RESUMO: O presente artigo trata sobre a interpretação de regras jurídicas na filosofia de Ludwig Wittgenstein, para tanto, contrastou quais os desdobramentos que o paradoxo de seguir regras, para isso foram compiladas as concepções de David Stern e David Finkelstein sobre seguir regras nas *Investigações Filosóficas*.

PALAVRAS-CHAVE: Seguir Regras. Wittgenstien. Sistema jurídico

ABSTRACT: This article deals with the interpretation of legal rules in the philosophy of Ludwig Wittgenstein, in order to contrast the consequences of the paradox of following rules. David Stern and David Finkelstein's conceptions of following rules in Philosophical Investigations were compiled

KEYWORDS: Follow Rules. Wittgenstien. Juridical system

INTRODUÇÃO

Ludwig Wittgenstein, filósofo austríaco, publicou um único livro em vida, o *Tractatus Logico-Philosophicus*, a obra *Investigações Filosóficas* apenas foi publicada após a sua morte, sendo sua análise o objetivo deste trabalho. A filosofia desenvolvida pelo autor ficou conhecida pela virada linguística que causou, em linhas gerais, David Finkelstein a expôs da seguinte maneira:

Ludwig Wittgenstein is routinely credited with changing the philosophical conversation by de-emphasizing the sorts of epistemological concerns that philosophers had inherited from the likes of Kant, Hume, and Descartes, and emphasizing instead questions concerning the nature of language and how language gets its grip on the world⁴⁵ (FINKELSTEIN, 2010, p. 647-648).

Stern ratifica este entendimento ao afirmar que “a relação entre vida cotidiana, ciência e filosofia é uma preocupação central ao longo dos textos de Wittgenstein”(STERN, 2012, p. 39).

No prefácio das *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein explicita o modo como concatenou seus pensamentos, “como observações, breves parágrafos, às vezes em séries mais longas sobre o mesmo objeto, às vezes, em mudanças rápidas saltando de uma região a outra”(WITTGENSTEIN, 2014, p. 11).

As *Investigações Filosóficas* têm como pano de fundo o *Tractatus Lógico-Philosophicus*, porém, apesar de tomar sua primeira obra como base, Wittgenstein reformula sua tese e a aprimora. O próprio autor afirma: “desde que comecei, pois, há

⁴⁴ Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás e Graduada pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Professora. E-mail: paes.anac@gmail.com.

⁴⁵ Tradução livre: Rotineiramente é creditado à Ludwig Wittgenstein mudar a conversação filosófica ao deixar de enfatizar os tipos de preocupações epistemológicas que os filósofos herdaram de nomes como Kant, Hume e Descartes, e enfatizar questões relativas à natureza da linguagem e como a linguagem adquire o controle sobre ela.

dezesseis anos, a me ocupar novamente com a filosofia, tive que reconhecer graves erros naquilo que eu expusera no primeiro livro”(WITTGENSTEIN, 2014, p. 12).

De acordo com Schmitz o *Tractatus* “expõe aquilo que constitui a natureza da linguagem e do mundo e que permite compreender como as proposições têm sentido, isto é, podem exprimir estados de coisas, e ser verdadeiras ou falsas”(SCHIMITZ ²⁰⁰⁴, p. 43). Wittgenstein procurou dar contorno a fórmula geral da proposição. Schmitz (²⁰⁰⁴, p. 44) ainda afirma que:

A tese essencial desenvolvida no *Tractatus* é que deve haver alguma coisa em comum entre a linguagem e o mundo se quisermos compreender como poderemos formular proposições capazes de serem verdadeiras ou falsas, isto, dotadas de sentido. O que a linguagem e o mundo compartilham é a mesma ‘lógica’, que se encontra exibida nas proposições da lógica. [...]

A visão empreendida no *Tractatus* sobre qual a forma geral da proposição inaugura a questão que será tratada no presente trabalho, é o paradoxo de seguir regras. Conforme dito acima as Investigações são escritas em breves parágrafos, sendo que, de acordo com David Stern (2012, p. 209), os parágrafos 134 – 242 tratam sobre este paradoxo.

O §134⁴⁶ retoma a forma geral da proposição descrita no *Tractatus*. O autor afirma que o conceito de proposição pode ser dado quando indicamos exemplos e não necessariamente com a explanação de um fundamento último do que venha a ser uma proposição. A dispensabilidade de um fundamento último, na nossa ótica, é um conceito importante para a conclusão deste trabalho no que diz respeito aos reflexos que a filosofia de Wittgenstein tem no direito.

Para explicar o que vem a ser uma proposição deve haver o ajuste entre o conceito de verdade e de proposição, sendo ambas como as engrenagens de uma máquina que se encaixam dando-lhe funcionamento. O *ser proposição* e *ser verdadeiro* reproduzem uma circularidade lógica na qual ambas estão entrelaçadas (2012, p. 210). É o mesmo que ocorre com o uso da palavra “regra” e “mesmo”, conforme § 225 (WITTGENSTEIN, 2014, p. 120).

De acordo com Stern “Wittgenstein critica a ideia de que porque nosso uso da linguagem pressupõe as regras da lógica, podemos destilar um conjunto de princípios fundamentais a respeito da natureza da linguagem a partir da pura lógica”(STERN, 2012, p. 46).

E neste ponto chegamos ao paradoxo de seguir regras, que diz respeito ao problema de as regras poderem ser interpretadas de qualquer maneira, a qualquer tempo. Este paradoxo está resumido no § 201⁴⁷ das *Investigações Filosóficas*.

⁴⁶ “§134. Olhemos com atenção a proposição: ‘As coisas estão assim e assim’ – como posso dizer que esta é a forma geral da proposição? – Antes de tudo, esta é uma proposição *por si mesma*, uma frase em português, porque tem sujeito e predicado. Mas como se emprega esta proposição – a saber, na nossa linguagem cotidiana? Pois só posso tê-la tirado *dal’*” (Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, 2014, p. 77).

⁴⁷ “§ 201. Nosso paradoxo era o seguinte: Uma regra não poderia determinar um modo de agir, dado que todo modo de agir deve poder concordar com a regra. A resposta: se todo modo de agir deve

O presente trabalho contrastou quais os desdobramentos que o paradoxo de seguir regras traz ao ordenamento jurídico, para isso foram compiladas as concepções de David Stern e David Finkelstein sobre seguir regras nas *Investigações Filosóficas*.

2 SEGUIR REGRAS EM DAVID STERN

David Stern afirma que os assuntos desenvolvidos por Wittgenstein nas *Investigações Filosóficas* foram construídos em três estágios⁴⁸ definidos pelo autor. No que diz respeito a seguir regras, Stern também entende que os parágrafos 134 – 242 foram escritos observando estes três estágios, não obstante, o autor lê as *Investigações* como o diálogo entre várias vozes, que podem ser divididas entre a voz do narrador, do interlocutor, da tentação e da correção⁴⁹.

Para tratar do paradoxo de seguir regras, Stern inicia sua argumentação trazendo à tona o exemplo dado por Wittgenstein sobre a ideia de entender a palavra “cubo”. Quando ouvimos esta palavra podemos de imediato (subitamente) ter em mente o que vem a ser um cubo e, por conta disso, podemos ter a ilusão de que existe a essência do cubo independentemente de seu contexto e circunstâncias⁵⁰.

Ocorre que, de acordo com Stern, essa ideia de que há uma “essência de cubo” contrasta com a opinião do narrador das *Investigações Filosóficas*, pois para ele o

poder concordar com a regra, então deve poder contradizê-la também. Por conseguinte, não haveria aqui nem concordância nem contradição.

Que haja aqui um equívoco, mostra-se já no fato de que colocamos nesta ordem de ideias uma interpretação atrás da outra; como se cada interpretação os tranquilizasse ao menos por um instante até pensarmos numa outra interpretação, que por sua vez está por trás desta. Com isso mostraremos, a saber, que há uma concepção de regra que *não* é uma *interpretação*; mas se exprime, de caso para caso da aplicação, naquilo que denominamos ‘seguir a regra’ e ‘transgredi-la’.

Por isso, existe uma tendência de dizer: todo agir de acordo com a regra é uma interpretação. No entanto, dever-se-ia denominar ‘interpretar’ somente: substituir uma expressão da regra por outra expressão (Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, 2014, p. 113-114).

⁴⁸ **Estágio I.** Uma breve exposição de uma posição filosófica a que Wittgenstein se opõe, que, em geral, emerge de um diálogo com uma outra voz [...]

Estágio 2. A descrição de um conjunto bastante específico de circunstâncias nas quais a proposição é apropriada. [...]

Estágio 3. A observação deflacionária de que as circunstâncias em questão são bastante limitadas e de que, uma vez que nos movamos para além delas, a posição se torna inapropriada” (Stern, *As investigações Filosóficas de Wittgenstein: uma introdução*, 2012, p. 36 e 37).

⁴⁹ “Ao invés de ver esta argumentação como um diálogo entre ‘Wittgenstein’ e seu ‘interlocutor’, proponho que os abordemos como um diálogo entre diferentes vozes, nenhuma delas podendo se identificar sem dificuldades como sendo a do autor. Por estas razões, ao discutir passagens de diálogo das *Investigações Filosóficas*, prefiro falar em um diálogo entre ‘o narrador de Wittgenstein’ e ‘uma voz interlocutória’, ao invés de entre ‘Wittgenstein’ e ‘o interlocutor’. Em alguns locais, e particularmente naquelas partes do texto que são mais críticas em relação ao *Tractatus* - §39-142 – a voz do narrador apresenta o caso contra as posições filosóficas apresentadas no primeiro livro de Wittgenstein em oposição a vozes que expressam convicções tractarianas. Em §§140-693, a voz do narrador é frequentemente usada para apresentar objeções behavioristas, verificacionistas e anti-essencialistas a concepções filosóficas tradicionais, em oposição a uma voz anti-behaviorista que expressa instituições e convicções mentalistas, transcendental-verificacionistas e essencialistas”. (Stern, *As investigações Filosóficas de Wittgenstein: uma introdução*, 2012, p. 50-51).

⁵⁰ “Todos tivemos, certamente, a experiência de entender subitamente uma palavra, mas o perigo aqui está em pensar que isto nos dá uma indicação da essência do entendimento. Pois o narrador argumenta que ‘o que é essencial’ (§140c) é que a mesma imagem, figuração ou representação pode significar diferentes coisas em diferentes contextos ou circunstâncias. Uma mudança no contexto de aplicação pode implicar uma mudança no significado e, portanto, o significado pode ser identificado com nada independente do contexto de significação” (STERN, 2012, p. 214).

que é essencial “é que a mesma imagem, figuração ou representação pode significar diferentes coisas em diferentes contextos ou circunstâncias” (STERN, 2012, p. 214).

Para Stern, o narrador insiste que o compreender uma sentença diz respeito a ser capaz de usar as palavras de forma correta, o que por sua vez, significa aplica-las no decorrer do tempo. O que o narrador chama atenção é que a compreensão súbita do que venha a ser uma palavra, com a sua projeção em nossa mente, pode nos levar ao equívoco de afirmar que há uma essência do entendimento. A questão que se coloca é “a mesma imagem, o mesmo método de projeção, ou outra coisa que se apresente à minha mente, pode significar coisas diferentes em diferentes contextos”(STERN, 2012, p. 217).

Uma vez que reconhecemos que é sempre possível imaginar uma situação na qual as palavras que dizemos ao apresentar uma explicação podem ser mal compreendidas, basta um pequeno passo adiante para que se aplique a mesma estratégia cética às imagens e atos mentais que acompanham nossas palavras, pois eles são igualmente suscetíveis disto. Nenhum ato de significação ou intenção que venha a ocorrer é capaz de dar a uma regra o poder de determinar nossas ações futuras, pois sempre se coloca como questão como este ato deve ser interpretado. Como resultado, a ideia de que uma regra, tomada isoladamente, pode determinar todas as suas aplicações futuras se revela equivocada. Ignoramos o contexto e pensamentos que algum ato ou evento isolado pode ter um significado determinado independente de seu contexto (STERN, 2012, p. 218).

O paradoxo de seguir regras é construído com base em alguns exemplos, “como associar a imagem de um cubo com a palavra ‘cubo’ (§140), continuar uma série de números (§143), ler um jornal (§156) ou ser guiado (§ 172)” (STERN, 2012, p. 221), este paradoxo diz respeito a máxima: “uma regra pode ser interpretada de diferentes maneiras em todos os casos” (STERN, 2012, p. 213). Para solver este paradoxo, Stern afirma que Wittgenstein apresenta exemplos que contemplam tanto **comportamentalistas**, aqueles que entendem o seguir regras como algo que não considera os processos mentais; quanto os **mentalistas**, aqueles que procuram no mundo material os mesmos processos que supostamente ocorreriam na mente. Porém, de acordo com Stern, estas duas teorias são demasiadamente simples e não fazem jus ao paradoxo posto (STERN, 2012, p. 223). Então, somos apresentados a concepção **cética e convencionalista**.

O raciocínio cético que atravessa os paradoxos apresentados por Wittgenstein sobre seguir regras sustenta a promessa de resolver de forma objetiva os paradoxos, estabelecendo uma conexão sólida entre regra e aplicação, imagem e objeto ou entre ato e intenção e suas condições de satisfação “algo que garante que nós, e nossa significação, não paramos aquém do fato que nós e ela visamos”(STERN, 2012, p. 224).

Sobre a visão cética, Stern apresenta a leitura de Wittgenstein feita por Kripke. Stern esclarece que Kripke não afirmou de forma categórica ser esta a posição de Wittgenstein ou a sua, por isso, Stern denomina a leitura do autor como “o Wittgenstein de Kripke”, que oferece “uma solução cética: ele admite que o cético está certo. Apesar disto, ele também afirma que nossa prática ordinária está, em certo sentido justificada, pois ela não pressupõe o tipo de justificação que o cético mostrou ser insustentável”(STERN, 2012, p. 228).

Ao prosseguir em seu argumento, Stern comenta o parágrafo § 219⁵¹ das *Investigações Filosóficas* e constrói uma interpretação diferente a interpretação dada por Kripke e Fogelin sobre seguir a regra “de maneira cega”. Kripke e Fogelin entendem esta afirmação como ignorar razões para seguir uma regra, fazê-lo de forma automática, confiando na sorte, o que dá azo ao relativismo e irracionalismo. Porém, Stern entende que esta passagem diz respeito a “cegueira a tudo aquilo que é irrelevante. Isto não se opõe que se faça a coisa certa, pelas razões certas”(STERN, 2012, p. 230). Compara essa cegueira a mesma associada à justiça.

Apesar de insistir que nossas práticas cotidianas estão justificadas, há um sentido segundo o qual Kripke supõe que os argumentos de Wittgenstein conduzem ao ceticismo, pois ele argumenta que a solução que atribuiu a Wittgenstein não funciona, e Kripke não faz nada para mostrar que é possível uma resposta melhor. Alguns intérpretes de fato leram Wittgenstein, ele próprio, como este cético. Michael Dummet descreveu Wittgenstein como um convencionalista “puro sangue”, que teria sustentado que cada caso singular de seguir regras envolve um elemento de decisão, e, então, que nunca é necessário seguir uma regra de uma maneira ou de outra. A leitura de Henry Staten para o debate sobre seguir regras nas *Investigações Filosóficas* também insiste no papel da decisão, interpretando Wittgenstein como um cético e um proto-desconstrucionista. Segundo esta leitura derrideana de Wittgenstein há uma lacuna intransponível entre uma regra e sua aplicação, um abismo que transforma qualquer teoria positiva sobre o que é seguir regra em uma impossibilidade (STERN, 2012, p. 230).

Conforme visto, as interpretações sobre seguir regras em Wittgenstein desembocam em consequências diferentes, podemos cair, por exemplo, no total relativismo. Stern procura ainda apresentar o problema de seguir regras de uma outra forma, com “o que é seguir uma regra corretamente?” (STERN, 2012, p. 240). Para Stern Wittgenstein aponta caminhos para resposta dessa questão como um holista, que entende que “as regras só podem ser compreendidas corretamente caso apreciemos seu lugar em um todo mais amplo”(STERN, 2012, p. 240).

O holismo pode ser dividido entre **holismo teórico**, “sustenta que toda compreensão é uma questão de interpretação, no sentido de que se aplica uma teoria familiar, uma ‘linguagem doméstica’, a uma não familiar, ‘a linguagem visada’”(STERN, 2012, p. 242). E o **holismo prático**, que aponta para o entendimento como uma construção de crenças explícitas e hipóteses que somente podem ser significadas em um contexto específico contra um pano de fundo construído nas práticas compartilhadas.

Podemos resumir esta leitura prático-holista da seguinte maneira: exceto no caso de compartilharmos uma linguagem, entendendo-se que uma linguagem inclui um pano de fundo de práticas, não poderíamos dizer nada, verdadeiro ou falso. Entretanto, onde Wittgenstein chega mais perto de endossar um holismo prático, como em *Investigações* §241 ou §§ 198-202, é

⁵¹ “§219. ‘As passagens já estão realmente todas feitas’ quer dizer: não tenho mais escolha. Uma vez selada com um determinado significado a regra traça as linhas de sua observância por todo o espaço – Mas, se algo assim fosse realmente o caso, em que isto me ajudaria? Não; minha descrição só teve sentido quando foi para ser entendida simbolicamente. – É o que me parece – deveria eu dizer. Se sigo a regra, não escolho. Sigo a regra *cegamente*” (Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, 2014, p. 119).

aonde o narrador está respondendo a questões agressivas, e não podem ser lidos como uma formulação definitiva de teses dogmáticas. O texto das investigações é melhor lido, creio eu, como um diálogo pirrônico que inclui tanto a voz que é tentada por um holismo teórico, quanto um narrador que corrige a primeira voz, defendendo uma forma de holismo prático, e não como o endosso inequívoco de qualquer destas concepções (STERN, 2012, p. 243).

Há ainda um outro debate que permeia o tema, que diz respeito a como Wittgenstein se posiciona em relação à formulação da filosofia, referindo ser tão ateorética que sequer se importaria em formular uma teoria da prática. “A razão de ser de tal teoria da prática seria oferecer uma justificativa filosófica para nosso discurso sobre significação e entendimento”(STERN, 2012, p. 246). Geralmente estas justificativas se dão na forma de narrativas de base do discurso, no espaço das causas ou no espaço das razões, sendo que Bourdieu chama esta antinomia de “dilema do mecanicismo ou finalismo”(STERN, 2012, p. 246).

Os **mecanicistas** “apresentam uma teoria da prática não-intencional ou não-normativa, situando-a em um contexto mais amplo de comportamento humano que pode ser descrito em termos naturalistas e causais”(STERN, 2012, p. 246). Já os **finalistas** veem a teoria da prática como intencional e normativa, “situando-a em um contexto mais amplo de comportamento humano que pode ser melhor descrito em termos de justificação ou da indicação de razões”(STERN, 2012, p. 247).

Wittgenstein oferece respostas no sentido de que essas posições sistematizantes podem ser substituídas pela simples observação do que ocorre no dia a dia. Os debates explicitados acima acabam não considerando a questão pirrônica de Wittgenstein, não existe qualquer problema filosófico em seguir regras, nem mesmo há um “fosso” do tipo que preocupa tanto o cético quanto o não cético entre regras e suas explicações.

Ao invés de interpretar o autor das *Investigações Filosóficas* como genuinamente situado em meio a um conflito entre o quietismo e concepções filosóficas substantivas (exceto, é claro se isto não consiste em nada mais do que dizer que ele está plenamente consciente do quanto estas duas concepções podem ser atrativas), será mais adequado abordá-lo como um quietista que vê que qualquer tentativa de articular explicitamente o quietismo conduzirá a um dogmatismo de um tipo ou de outros, e que, portanto, a melhor maneira de defender o quietismo é escrever um diálogo genuinamente conflitante, no qual participantes não-pirrônicos desempenham os papéis principais. Esta é, afinal, a saída pirrônica clássica do dilema apresentado pelos filósofos antipirrônicos: o texto realmente contém argumentação filosófica, mas o autor considera a argumentação como uma escada que devemos jogar fora depois que entendemos sua moral pirrônica. (STERN, 2012, p. 250).

Stern se posiciona como um interprete vinculado a leitura anti-teórica quietista da obra de Wittgenstein. Para esta interpretação “a invocação feita por Wittgenstein das formas de vida não é o início de uma teoria positiva da prática [...] mas pretende ajudar seus leitores a superar seu vício em teorizar a respeito da mente e mundo, linguagem e realidade” (STERN, 2012, p. 248).

3 SEGUIR REGRAS EM DAVID FINKELSTEIN

Finkelstein, no texto em que trata sobre seguir regras em Wittgenstein, procura dar uma abordagem mais aplicada da teoria de Wittgenstein ao direito, sendo que seu texto é dividido em dois objetivos: o primeiro é mostrar que as interpretações feitas pela comunidade jurídica sobre seguir regras se reportam a interpretações já exploradas pela literatura filosófica; o segundo aponta para inobservância dos teóricos jurídicos a correta aplicação das reflexões filosóficas. Foi defendida a tese de que uma abordagem das reflexões de Wittgenstein evidenciam que as normas jurídicas podem ser completamente objetivas sem terem que ser reduzidas a algo mais fundamental, assim como ocorre com as normas linguísticas (FINKELSTEIN, 2010, p. 648-649).

Para o autor, Wittgenstein discute o paradoxo cético, que questiona nosso modo ordinário de pensar a respeito do entendimento, sentido e pensamento, volta-se neste ponto ao paradoxo de seguir regras, explanado anteriormente, nas quais toda ação pode ser compatível com a regra, da mesma forma que toda ação pode conflitar com a regra, logo não há nem acordo nem conflito com a regra. Neste sentido, o autor aponta para quatro formas de encarar este paradoxo que impactam diretamente na nossa compreensão do significado, pensamento e entendimento (FINKELSTEIN, 2010, p. 651-652).

A primeira é o ceticismo, o autor também se reporta a Kripke para tratar do tema, afirma que o desafio cético é o da *justificação*, nossa inabilidade para apontar para fatos objetivos que justifiquem nosso entendimento do modo correto de seguir uma regra nos impossibilita defender uma teoria sobre o que nossas palavras de fato significam (FINKELSTEIN, 2010, p. 655).

Finkelstein aponta dois problemas para a interpretação de Wittgenstein feita pelo ceticismo. A interpretação ignora a resposta que foi dada por Wittgenstein ao paradoxo cético, de que o paradoxo constitui um mal-entendido e que há um modo de apreender a regra que não se dá pela interpretação, conforme descrito no §201 das *Investigações*. O segundo problema é o de que o ceticismo é incoerente, uma vez que, é necessário assumir que as palavras têm significado para poder argumentar que elas não têm (FINKELSTEIN, 2010, p. 655-657).

De acordo com o autor, a maioria dos filósofos lê Wittgenstein como um filósofo que indica maneiras de superar a visão cética sobre seguir regras. A divergência ocorre quando os filósofos tentam explicar como estas explicações refutam o ceticismo e se dividem em três correntes: a **interpretação antirrealista**, que considera que Wittgenstein demonstrou os fatos sobre o significado baseados em consensos da comunidade, o que não os torna objetivos por natureza; a **realista**, que interpreta os fatos sobre significado como objetivos e reais como qualquer outro e a **quietista**, que considera que Wittgenstein não tenha nem negado a objetividade do significado, nem rejeitado esta questão, sendo esta a opinião de Stern, conforme visto acima (FINKELSTEIN, 2010, p. 657).

A segunda forma de encarar o paradoxo de seguir regras é o antirrealismo, que entende que a concepção de significado se estabelece a partir do costume, seguimos regras porque somos treinados a fazer dessa forma, sendo assim, nossas ações se pautam pelo costume e não pela interpretação, conforme descrito no §198b das *Investigações*. O antirrealismo responde ao cético afirmando que nossos

comportamentos estão limitados pelo costume, pela disposição de outras pessoas de reagir a um comportamento linguístico (FINKELSTEIN, 2010, p. 657).

De acordo com Finkelstein há pelo menos dois problemas com o antirrealismo. Ao entender que a comunidade restringe nossas possibilidades semânticas e ao elaborar julgamentos, resvala-se novamente na interpretação, o conteúdo da sentença estará tão suspenso quanto o conteúdo que informa a própria regra. Não obstante, resvala em uma questão implausível de que a comunidade nunca pode estar errada (FINKELSTEIN, 2010, p. 659-600). Quando usamos uma palavra emprestamos um significado à ela mesmo que a comunidade use outro significado.

Há uma ramificação desta visão chamada por Crispin Wright de "euthyphoronism" (FINKELSTEIN, 2010, p. 658), que vislumbra as regras como constituídas pelo acordo da comunidade. Ocorre que para Finkelstein, Wittgenstein não endossou o "euthyphoronism", uma vez que, as regras gramaticais não se dão de forma arbitrária, elas são na verdade limitadas por nossas formas de vida. Inclusive, quando tentamos imaginar formas de vida diferentes das nossas, elas se dissolvem em nossas mãos (FINKELSTEIN, 2010, p. 662).

A terceira forma de enfrentar o paradoxo é o quietismo que de modo geral, não responde questões sobre a objetividade do significado por considera-los sem sentido. Um quietista rejeita tanto a afirmação quanto a negação de uma alegação e esta postura é criticada por Finkelstein⁵². Wittgenstein propõe que a filosofia somente fale do que possa ser dito, e que tudo o que significa *nonsenses* não deve ser tratado, só existem perguntas para aquilo que possibilita uma resposta (FINKELSTEIN, 2010, p. 663-664).

Finkelstein afirma que o quietismo parte de dois pressupostos equivocados, o primeiro deles é de que o ceticismo ocorreria por tentar refletir sobre nosso comportamento linguístico a partir de um ponto de vista externo. Não obstante, o quietismo pressupõe que esta visão externa só se dê em alguns casos e não em todos, ocorre que não há nada de errado em se ter um ponto de vista externo, em alguns casos é até interessante que assim seja. O segundo pressuposto equivocado repousa na ideia de que não é possível obter práticas da maneira que o cético propõe.

In my view, the quietists obsession with nonsense is na uhelpful distraction. I will not attempt to defend my view here. I will not only that conceiving of skepticism (and thus the rejection of skepticism) as "nonsense" rests on what philosophers have called the 'contrastive theory of meaning', according to which "for a sentence to have *content* requires a contrast between what would make the proposition true and what would make it false, and hence requires that there be conditions uder which the

⁵² "To call a statement nonsense is not to call it false. For instance, someone who rejects the view that capital punishment deters crime, in judging this statement to be false, would undertake a positive commitment for her own: she would think that capital punishment does not deter crime. Thus, she would not 'stay quiet' with respect to the debate. By contrast, a quietist would reject both the affirmation and the negation of a claim. After all, the negation of a piece f nonsense is just more nonsense." (Finkelstein, *How to do things with Wittgenstein: the relevance of Wittgenstein's later pilosophy to the pilosophy of law*, 2010, p. 662). Tradução livre: Chamar um absurdo de declaração não é chamá-lo de falso. Por exemplo, alguém que rejeita a opinião de que a pena capital detém o crime, ao julgar que essa afirmação é falsa, assumirá um compromisso positivo para ela: ela pensaria que a pena capital não detém o crime. Assim, ela não "ficaria quieta" com relação ao debate. Em contraste, um quietista rejeitaria tanto a afirmação quanto a negação de uma alegação. Afinal, a negação de uma peça de bobagem é apenas mais absurda.

preposition is true and under witch it is false. If there is no such contrast, the there is no claim being made by the sentence; it lacks *meaning*. Wittgenstein makes remarks that give the impression that he himself accepted the contrastive theory of meaning. Be that as it may, and loathe as I am to disagree with the greats, I note in passing that he contrastive theory of meaning is hardly obligatory and may well be quite objectionable.⁵³

Por fim, há o antifundacionismo que, para Finkelstein, é a forma correta de se interpretar Wittgenstein. Sob esta ótica o seguir regras compreende que o erro cético é assumir que a objetividade de afirmações sobre significado ou sobre seguir regras repousa sobre nossa habilidade de reduzir essas afirmações a outros tipos de afirmações que não se baseiam nos conceitos disputados pelo discurso (FINKELSTEIN, 2010, p. 670).

There is a sense in with this response to the skeptic - which I propose to call anti-foundationalism - splits the difference between antirealism and quietism. Like the antirealist, I concede that we can't tell a substantive story about what meaning and rule-following consist in. Like the quietist, I think our inability to do so says nothing about the objectivity of semantic norms (FINKELSTEIN, 2010, p. 671)⁵⁴.

Quando não há mais justificativas a oferecer, então estamos diante do limite de explicações e razões fornecidos por aquela questão. Isso não significa a ausência de explicação, isso aponta, tão somente para o limite da questão. Não há nada mais que precise ser dito sobre aquele assunto (FINKELSTEIN, 2010, p. 670-671).

Entendemos que Finkelstein e Stern divergem na forma como respondem ao questionamento do cético, enquanto Stern adere ao posicionamento quietista, desqualificando a dúvida cética, uma vez que ela pressupõe o conhecimento de uma verdade e não há conhecimento que possa satisfazer essa exigência, logo, esta dúvida sequer deve existir, há uma recusa na legitimidade da questão. Finkelstein, enquanto antifundacionista, também recusa a pretensão da exigência feita pelo cético, porém, entende que esta pretensão tem sim uma resposta, apenas não é a resposta fundada na objetividade requerida pelo cético, a única forma de justificação é interna ao fundamento da linguagem, toda forma se dá dentro da gramática, dentro do funcionamento da linguagem, então todo discurso tem a objetividade que pode ter.

CONCLUSÃO

No que diz respeito ao paradoxo de seguir regras, tanto Stern quanto Finkelstein têm uma visão crítica à leitura cética feita por alguns filósofos como, por exemplo, Kripke. O Wittgenstein de Kripke oferece uma "solução cética: ele admite que o cético está certo"(STERN, 2012, p. 228).

⁵³ Finkelstein, *How to do things with Wittgenstein: the relevance of Wittgenstein's later philosophy to the philosophy of law*, 2010, p. 669.

⁵⁴ Tradução livre: Há um senso de que essa resposta ao cético - que proponho chamar de antifundacionismo - divide a diferença entre o antirrealismo e o quietismo. Como o antirrealista, admito que não podemos contar uma história substantiva sobre o significado e o seguimento de regras. Como o quietista, acho que nossa incapacidade de fazê-lo não diz nada sobre a objetividade das normas semânticas.

Neste ponto, concordamos com Finkelstein e Stern, uma vez que, o paradoxo cético ameaça a nossa própria ideia de que há fatos que podem ser utilizados para dar significado as nossas palavras. Afastar esta leitura cética de Wittgenstein acaba tendo reflexos também na forma como interpretamos o direito, pois, se não conseguimos fundamentar o significado de nossas palavras, quanto mais de enunciados jurídicos. A dúvida cética implica na inobservância dos enunciados jurídicos, visto que, eles não teriam o condão de nos dizer o que fazer.

A resposta antifundacionista dada por Finkelstein ao cético, nos parece um bom modo de ver o direito. O direito tem toda a objetividade que pode ter e que se espera que tenha. É a leitura que se extrai do §209 das *Investigações Filosóficas*, é possível apresentar a explicação que cabe dentro daquele jogo de linguagem (§3 das *Investigações Filosóficas*), não é necessário ir além, como se existisse um fundamento último ou uma essência nas palavras, proposições e no próprio direito.

Ainda com Finkelstein, concordamos que para justificar um entendimento particular do significado de uma palavra, precisamos mostrar como o nosso uso dessa palavra se aproxima de um cálculo que opera conforme regras fixas, o mesmo se dá no direito. Se tomarmos como exemplo o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro, a lei diz que o casamento se dá entre um homem e uma mulher, porém a interpretação do que venha a ser casamento depende do contexto em que ele será utilizado e é justamente o contexto que permite uma interpretação que contempla o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo ou não. Em qual “jogo de linguagem” o conceito de casamento será utilizado? Pode ser uma ideia literal do que venha a ser o casamento, uma ideia convencional e assim por diante. Os jogos de linguagem situam as questões em seus devidos lugares, nos seus devidos contextos.

Quanto a seguir regras, concordamos que este exercício pode ter sua margem de interpretação, porém o seguir uma regra pode também ser apenas um treino, conforme descreve o § 198 das *Investigações*. Não existe apenas uma forma de aprimorar ou completar o sistema de regras, existem métodos, conforme explícita o §133 das *Investigações*.

Esta leitura é importante para o direito, pois há uma margem de interpretação, porém há também a aplicação de regras pura e simplesmente, nem toda decisão judicial se baseia somente em interpretação, principalmente porque isso nos levaria a uma grande insegurança jurídica, o seguir regras não está atrelado apenas a interpretação mas também ao treino. É importante que as regras do jogo estejam claras, bem como, qual o jogo de linguagem empregado nas decisões. Ressalta-se que não se trata de semiótica, necessariamente, mas de contextualizar e explanar, dar razões ao direito posto, a decisão tomada.

Sendo assim, não podemos esperar do direito uma essência dada *a priori*, que existe antes e para além do tempo e do espaço, Wittgenstein nos chama atenção para o fato de que “as coisas estão assim”(WITTGENSTEIN, 2014,p.79). Deste modo, devemos esperar do direito a objetividade que ele nos pode oferecer, além de lhe fazer as perguntas e opera-lo de modo coerente e possível, de acordo com a objetividade que ele mesmo nos dá, vide § 50 das *Investigações Filosóficas*, esta é uma das contribuições dadas por Wittgenstein à teoria do direito.

FINKELSTEIN, David M. **How to do things with Wittgenstein: the relevance of Wittgenstein's later philosophy to the philosophy of law.** The Journal of Jurisprudence, 2010, p. 647 – 675.

SCHMITZ, François. **Wittgenstein.** São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

STERN, David G. **As investigações Filosóficas de Wittgenstein:** uma introdução. Tradução de Marcelo Carvalho e Fernando L. Aquino. São Paulo: Annablume, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** Tradução de Marcos G Montagnoli, 9 ed. –Petrópolis: Vozes ; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

DISCRICIONARIEDADE, HARMONIA E INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES: O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. A doutrina tradicional administrativa por muito tempo defendeu a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, sob o argumento de que tal atividade representaria uma violação ao princípio da separação dos poderes, passando o Judiciário a legislar. Demonstrar-se-á que tal posicionamento é fortemente combatido pela doutrina e jurisprudência recentes, com o principal argumento de que não se pode blindar o Poder Executivo, principalmente quando seus atos ferem direitos e princípios constitucionais. A pesquisa se desenvolveu utilizando-se do método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, baseada no levantamento de doutrinas e periódicos científicos especializados no tema proposto.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Poder Discricionário. Controle Jurisdicional. Discricionariedade. Separação de Poderes.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the possibility of judicial control of discretionary administrative acts. The traditional administrative doctrine for a long time defended the impossibility of interference of the Judiciary in the merits of the administrative act, under the argument that such activity would represent a violation of the principle of separation of powers, passing the Judiciary to legislate. It will be demonstrated that such a position is strongly opposed by recent doctrine and jurisprudence, with the main argument that the executive branch can not be shielded, especially when its acts violate constitutional rights and principles. The research was developed using the deductive method, using a bibliographical research technique, based on the survey of doctrines and scientific journals specialized in the proposed theme.

Keywords: Administrative Act. Discretionary Power. Judicial Control. Discretionary. Separation of Powers.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública atua e se manifesta por meio dos atos administrativos, que poderão ser vinculados ou discricionários. A diferença entre ambos está na vinculação total ou parcial dos seus elementos à lei. Dito de outra forma, o legislador decidirá se o ato deve ser praticado completamente conectado à sua vontade, ou se, de acordo com o caso concreto, poderá ser exercido pelo administrador com base na análise de conveniência e oportunidade.

Durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência brasileiras se posicionaram no sentido de que os atos discricionários, que recebiam certa liberdade de atuação do legislador, não poderiam sofrer controle do Poder Judiciário, salvo nos casos de legalidade. A discricionariedade estaria relacionada à vontade da Administração, que atuava de acordo com o que julgava conveniente e oportuno no caso concreto, não

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Supervisora de Monografias/TC e Coordenadora dos Núcleos de Direitos Humanos e de Acessibilidade e Acolhimento do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: carladedstroadv@gmail.com.

cabendo ao Judiciário decidir se tal decisão era ou não adequada. A discricionariedade, localizada no mérito dos atos discricionários era, portanto, campo de atuação exclusivamente administrativa.

Com a Constituição Federal de 1988, ocorreu no sistema normativo brasileiro um processo de constitucionalização, de modo que todo o sistema infraconstitucional se contaminou com os princípios e direitos constitucionais, inclusive o campo administrativo. Diante de garantias e princípios como acesso à justiça, eficiência, transparência e inafastabilidade da análise de lesão ou ameaça de lesão a direitos pelo Judiciário (o que se cita apenas em caráter exemplificativo, pois os direitos são inúmeros), bem como do grande leque de direitos fundamentais, passou-se a ser impraticável a blindagem dos atos discricionários. Destarte, em caso de discricionariedade capaz de lesar princípios e direitos constitucionais, cabível a análise jurisdicional.

O que se observa, após o processo de constitucionalização, é que o administrador deve atuar limitado pela lei e pela Constituição Federal, ainda que no campo da discricionariedade. A escolha baseada em conveniência e oportunidade ainda permanece, mas só se admitirá a melhor escolha diante do caso concreto.

Diante do exposto, o trabalho analisou inicialmente aspectos gerais sobre os atos administrativos, destacando-se os elementos presentes nos vinculados e nos discricionários. Posteriormente, passou-se à análise do mérito do ato administrativo, aprofundando o estudo sobre a discricionariedade. Por fim, se levou à baila a possibilidade de controle judicial do ato discricionário, baseando-se a apreciação em posicionamentos da doutrina e dos tribunais superiores.

A pesquisa se desenvolveu utilizando-se do método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, baseada no levantamento de doutrinas e jurisprudências sobre o tema proposto.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO

Antes de adentrar especificamente na análise da discricionariedade, mostra-se interessante tratar de alguns pontos introdutórios sobre os atos administrativos. Importante destacar que a doutrina administrativa diverge em diversos momentos ao tratar da temática, de modo que se tentou aqui representar os posicionamentos predominantes, respeitando-se, evidentemente, os posicionamentos contrários.

2.1 Conceito e Elementos do Ato Administrativo

A doutrina apresenta vários conceitos para os atos administrativos, oscilando entre entendimentos restritivos e ampliativos da atuação administrativa. O que se pode afirmar, diante dos diversos posicionamentos, é que se trata de manifestação de vontade da administração pública, ou seja, é o meio pelo qual a administração pública, direta ou indiretamente, exerce os atos públicos, conforme se observa na doutrina destacada:

[...] toda **manifestação unilateral de vontade da Administração Pública** que, agindo nessa condição, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2014, p. 165; destaque nosso).

[...] **atos jurídicos emitidos por agentes públicos lato sensu** (incluídos os que atuam por delegação), no exercício de

atribuições específicas (inconfundíveis com os jurisdicionais e legislativos), cuja referência há de ser imantada por princípios e objetivos de envergadura constitucional (FREITAS, 2013, p. 331; destaque nosso).

Tratando-se de atos praticados no exercício da função pública, em busca do interesse público, estarão sujeitos predominantemente ao regime de direito público (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 416). Além disso, cabe registro de que os atos administrativos são típicos do Poder Executivo, mas poderão ser também executados pelos Poderes Legislativo e Judiciário nos atos de gestão (na categoria de atos atípicos). Nas palavras de Medauar (2004, p. 158):

A edição de *atos administrativos* cabe, em princípio e comumente, aos órgãos do Executivo. Mas, autoridades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário também têm competência para editá-los quando exercem atividades administrativas, para ordenar os serviços dos respectivos.

Os atos administrativos, segundo Mello (2007, p. 373-374), não se confundem com atos políticos ou de governo. Estes são praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, portanto, não há função administrativa.

Todos os atos administrativos (vinculados e discricionários) devem ser praticados respeitando os requisitos de validade, também denominados elementos do ato, quais sejam: *competência, forma, motivo, objeto* e *finalidade*. Os elementos poderão ser vinculados (competência, forma e finalidade) ou discricionários (motivo e objeto), significando dizer, que alguns elementos são impostos pelo legislador, sendo de observância obrigatória, sob pena de nulidade, ao passo que outros poderão ser praticados com alguma margem de liberdade.

Os elementos discricionários existirão apenas nos atos discricionários, isso por que o ato vinculado é todo desenhado pela lei, sem qualquer possibilidade de alteração no momento de sua realização. Os elementos discricionários formarão o /denominado mérito do ato administrativo, onde se encontra a discricionariedade, que será avaliada adiante. Veja os ensinamentos de Alexandrino e Paulo (2011, p. 457):

O mérito do ato administrativo é, em poucas palavras, o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei. Vale repetir, só existe mérito administrativo em ato discricionário.

Diante do que expõe a teoria dos atos administrativos, o ato deverá ser praticado por *agente competente* (competência material, territorial e temporal), determinado pela lei. Tal ato deverá produzir um efeito prático², denominado *objeto*, que deverá ser lícito, moral e possível³. A *forma* do ato será o modo de sua exteriorização, o

² Todo ato administrativo busca criar, modificar ou comprovar situações jurídicas relacionadas a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à atuação da Administração (MEIRELLES, 2014, p. 170).

³ Segundo Medauar (2004, 161): "O objeto há de ser *lícito*, isto é, o resultado pretendido deve ser aceito pelo ordenamento, porque pautado na lei; *moral* – conforme a princípios éticos e a todas as

meio como ele se apresenta aos administrados. Trata-se de elemento importante porque viabiliza o controle interno e externo da administração, além de cumprir o requisito da transparência da Administração Pública. Todo ato será praticado por um *motivo* ou uma *causa*, ou seja, a situação que autoriza (escolha do administrador) ou ordena (expresso em lei) a prática do ato. Por fim, todo ato deve ser acompanhado de uma *finalidade*, que é o atendimento do interesse público. A finalidade é elemento vinculado também nos atos discricionários, pois em nenhuma hipótese se admitirá ato da Administração sem atendimento dos interesses da coletividade⁴.

Importante frisar que não é o objetivo do presente trabalho a análise detalhada dos elementos do ato administrativo, de modo que serão apresentados apenas para contextualização. Como a problemática está na análise da discricionariedade, dar-se-á destaque aos elementos que compõem o mérito do ato administrativo: motivo e objeto.

2.2 Ato Vinculado e Ato Discricionário

Os atos administrativos poderão ser, como já relatado, vinculados ou discricionários. A diferença estará na liberdade de atuação concedida, ou não, pela lei ao agente público.

Nos *atos administrativos vinculados*, o legislador estabelece todos os elementos do ato, de modo que a atuação do administrador está absolutamente vinculada à vontade do legislador. Significa dizer que o agente atua como verificador dos pressupostos legais e pratica o ato nos exatos termos da lei (NASCIMENTO, 2013, p. 300).

Nesse ponto, cabe destacar a crítica realizada por Freitas (2013, p. 333), no sentido de que a vinculação precisa ser ponderadamente justificada para se evitar a falácia de que os sistemas normativos serviriam de guias sem lacuna, como se o administrador fosse uma simples máquina de aplicação da lei. O agente não deve ser mero servo da norma.

Além de observância ao princípio da legalidade, por evidente todos os demais princípios constitucionais deverão estar presentes não só no ato vinculado, mas em todos os atos da administração.

Os *atos discricionários* são casos em que a lei deixa alguma margem de liberdade para decisão do agente. Será possível a escolha dentre várias soluções possíveis, todas válidas. Há análise baseada na conveniência e na oportunidade.

regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração; *possível* – referente a algo realizável de fato e de direito”.

⁴ Importante consideração é apresentada por Meirelles (2014, p. 168): “A alteração da finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder (*détournement de pouvoir – sviamento di potere*), que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador”.

Importante lembrar, que alguns elementos do ato administrativo permanecem vinculados: sujeito competente, forma e finalidade. A escolha reside no motivo e no objeto.

A liberdade de escolha, baseada na conveniência e na oportunidade, será exercida sempre nos limites da lei, sob pena de ser considerada arbitrária. A discricionariedade visa conceder dinamismo às decisões administrativas, permitindo a flexibilidade na busca do interesse público. Isso não significa dizer que o agente público poderá fazer o que bem entender, há a vinculação, ainda que reduzida, aos objetivos do legislador. Trata-se de discricionariedade e não de arbitrariedade.

3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE

O mérito do ato administrativo será composto pelos elementos: objeto e motivo, deixados pelo legislador à escolha do administrador. Vale destacar que o mérito não se confunde com o motivo (fato e fundamento jurídico), nem com o objeto (resultado prático do ato). O mérito é a liberdade, a discricionariedade (MARINELA, 2018, p. 360).

Por sua vez, a discricionariedade será onde atuará o agente público com liberdade, sempre nos limites legais, respeitando os critérios de *conveniência* (quando o ato atende ao interesse público) e *oportunidade* (aquele é o melhor momento para prática do ato).

Com relação aos elementos que compõem o mérito do ato administrativo, o *motivo* é a causa, o que justifica a prática do ato. Há uma atividade de subsunção, ou seja, há determinado acontecimento fático que se encaixa em uma determinada hipótese legal. A lei, nessa circunstância, autorizará a prática do ato, que poderá (ou não) ser praticado pelo administrador.

Já o *objeto* é o conteúdo do ato. Para Mello (2007, p. 383), o objeto é aquilo sobre que o ato dispõe, ou seja, não há ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. Por esse motivo é considerado por alguns doutrinadores como “condição” ou “pressuposto de existência do ato” (ZANCANER apud MELLO, 2007, p. 383).

Complementam os ensinamentos, Alexandrino e Paulo (2011, p. 457), nos seguintes termos:

[...] nos casos em que o legislador considera que o administrador é quem melhores condições tem de avaliar os aspectos envolvidos em cada situação concreta e decidir qual atuação atende de forma mais satisfatória ao interesse público, ele, legislador, confere ao administrador discricionariedade para proceder a essa avaliação e tomar essa decisão, dentro dos limites da legais.

Haverá, destarte, a análise de conveniência e oportunidade quando se apresentarem vários meios para se atingir o mesmo fim, sendo todos admitidos pelo direito.

Por fim, os demais elementos do ato administrativo (competência, forma e finalidade) sempre serão vinculados, inclusive nos atos discricionários.

Diante de tudo que foi exposto, é possível resumir que o mérito do ato administrativo ocorrerá apenas nos atos discricionários. O mérito, por sua vez, representa a liberdade de atuação do administrador, a discricionariedade, a decisão fundada em conveniência e oportunidade.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração, incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que "o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária". (MEIRELLES, 2014, p. 171)

A discricionariedade se expressará, portanto, em um único momento: no conteúdo do ato, ou seja, na definição do ato e dos seus limites.

Segundo Mello (1996, p. 18-22), a discricionariedade poderá decorrer: da *hipótese da norma*, pela descrição imprecisa (ou ausência) da situação fática (motivo); do *comando da norma*, quando for aberto, dando alternativa de conduta ao agente; ou, da *finalidade da norma*, quando apontar para valores e conceitos vagos. No que se refere à última hipótese, o autor reconhece que é vencido pela maioria da doutrina, que defendem que este caso não seria de discricionariedade, pois trata-se de elemento vinculado.

Quando uma situação concreta estiver enquadrada na zona de indeterminação (ou "área de incerteza", ou "zona de penumbra") de um conceito jurídico indeterminado, não será possível estabelecer uma única atuação juridicamente válida. Mais precisamente, quando o caso concreto escapa às áreas de certeza positiva e negativa de um conceito jurídico indeterminado, a administração tem discricionariedade para decidir acerca do enquadramento, ou não, da situação na norma legal (ALEXANDRINO; PAULO, p. 422).

No que se refere aos conceitos jurídicos indeterminados, há que se registrar que a imprecisão deve residir no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Se a palavra fosse imprecisa (e não o conceito), bastaria substituí-la, não se tratando de discricionariedade. Vejamos as considerações de Medauar (2004, p. 134):

Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associadas a poder discricionário. Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce.

Assim, haverá discricionariedade nas hipóteses em que a lei expressamente conceder liberdade de atuação ao administrador ou, nos casos em que se mostre necessário interpretar conceitos jurídicos indeterminados.

4 POSSIBILIDADE E LIMITES PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Inicialmente é necessário destacar que os atos vinculados possuem, como já visto, todos os elementos definidos pela lei, de modo que todo seu conteúdo poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, com fundamento no princípio da legalidade. É, portanto, pacífico o entendimento de amplo controle jurisdicional dos atos vinculados.

Cabe destaque o fato de que o Brasil adota o sistema de jurisdição única, significando que todos os atos realizados pela Administração poderão, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito, ser analisados pelo Poder Judiciário, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988⁵.

Como se trata de controle de legalidade do ato, haverá a declaração de nulidade do ato pelo Poder Judiciário. Registre-se, que tal análise também poderá ocorrer pela própria Administração, de ofício. É o que prescreve a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA 473, do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Com relação aos atos discricionários, também não há discussão sobre a possibilidade de análise da legalidade, pois todos os elementos vinculados (competência, forma e finalidade) podem ser analisados pelo Poder Judiciário, como ocorre nos atos vinculados.

A grande questão está na análise pelo Poder Judiciário do mérito existente nos atos discricionários. Até que ponto é possível rever uma decisão baseada em conveniência e oportunidade? Na doutrina é possível destacar três posicionamentos: o primeiro entendimento, mais tradicional, defende que o Poder Judiciário não poderá em nenhuma hipótese analisar o mérito do ato administrativo, sob pena de se ferir a autonomia entre os poderes; a posição intermediária entende que será possível uma análise negativa, ou seja, será possível o Poder Judiciário declarar que determinada conduta não respeita ou fere os limites legais (casos de desvios e excessos), anulando o ato, cabendo ao administrador realizar novo ato (seria negativa porque o Judiciário não poderá substituir o administrador, sendo possível a realização de novo ato apenas por ele); e, o terceiro posicionamento, que seria uma análise negativa e positiva, defendendo a possibilidade de interferência, inclusive na escolha da melhor alternativa, pelo Poder Judiciário.

Vejamos as considerações de Meirelles (2014, p. 171), que se posiciona contrário ao controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, admitindo-o apenas nos casos de excesso ou desvio de poder:

⁵ Art. 5º, XXXV, da Constituição de Federal de 1988: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[...] nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, se sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa situação.

A doutrina moderna defende que os atos discricionários devem respeito não só à legalidade, mas a todos os princípios constitucionais. Nas palavras de Krell (2013, p. 76), “o campo da discricionariedade administrativa foi consideravelmente reduzido pelos princípios constitucionais”. O autor continua suas considerações baseado nos ensinamentos de Gustavo Binbenjimin que defende “um controle judicial tanto mais intenso quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais”. Em outras palavras, sempre que o ato administrativo se referir a direitos fundamentais, será admitida a ampla sindicalidade do ato, sempre no sentido de garantir da forma mais ampla possível tais direitos.

Segundo o entendimento de Santin (2013, p. 143), todos os atos deverão ser analisados pelo Poder Judiciário, com base nos princípios constitucionais. Todos os atos administrativos são vinculados, variando apenas a intensidade da vinculação. Cabe ao administrador sempre realizar a melhor escolha na busca de efetivação das políticas públicas.

Portanto, tudo está sob controle, sendo essencial para a legitimação do ato administrativo a conformidade com os princípios constitucionais, na busca do bem de todos, de forma que todo ato administrativo é vinculado, em maior ou menor porção, incumbindo ao administrador a busca da melhor decisão, a escolha ótima, em consonância com normas e princípios constitucionais, vinculantes de toda atuação administrativa (SANTIN, 2013, p. 143).

Este é também o entendimento de Freitas (2013, p. 356-357), que propõe uma nova divisão dos atos em: atos vinculados propriamente ditos e atos discricionários vinculados à íntegra dos princípios e direitos fundamentais. Destaca que não há mais espaço para liberdade do administrador, senão para promover a máxima concretização do direito fundamental à boa administração.

[...] o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos instrumentais de aperfeiçoamento do direito fundamental à boa administração. Não desfruta da discricionariedade ilimitada, nem padece da vinculação total: dois equívocos espelhados. Bem pensadas as coisas, distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários radica tão-só no atinente à intensidade do vínculo à lei como regra (FREITAS, 2015, p. 214).

Os doutrinadores que defendem a impossibilidade de análise do ato discricionário pelo Poder Judiciário fundamentam tal posicionamento, conforme

registrou-se, na afronta à separação de poderes, com previsão no art. 2º, da Constituição Federal de 1988⁶.

A análise do mérito seria exercício de função administrativa, que lhe é vedado ao Poder Judiciário (NASCIMENTO, 2013, p. 310). Caberia ao Judiciário apenas analisar se a escolha respeitou os limites legais e constitucionais, não realizando novo juízo de valor, pois somente o administrador pode dizer o que é conveniente e oportuno. Este é o entendimento de Mello (2007, p. 966):

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Parte da doutrina, porém, defende que não se trata de poderes, mas de divisão de funções. Na tripartição de poderes, cada Poder exercerá funções típicas e funções atípicas, numa ideia de interdependência e autocontrole. Nas palavras de Meirelles⁷ (2014, p. 63):

O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais *precípua*s entre os órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.

O autor referido continua sua análise da separação dos poderes tratando do entendimento de Montesquieu, em sua obra 'O Espírito das Leis', nos seguintes termos:

[...] Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões “separação de Poderes” ou divisão de Poderes”, referindo-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre os Poderes” [...]. Seus apressados seguidores é que lhe deturpam o pensamento e passaram a falar em “divisão” e “separação de Poderes”, como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque **o Governo é resultante da interação dos três Poderes de Estado** – Legislativo, Executivo e Judiciário - , como a Administração o é de todos os órgãos desses Poderes. (grifo nosso)

Destarte, não haveria óbice para o controle judicial do ato discricionário, com base na unicidade do Poder. Segundo Ommati (2004, p. 68):

[...] a Teoria da Separação dos Poderes não pode mais ser vislumbrada com cada Poder agindo separadamente, solitariamente: mas sim em conjunto, em perfeita harmonia. Para isso, é necessário, reitera-se, que um interfira um pouco na

⁶ Art. 2º, da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁷ Cabe Aqui registrar que, apesar do pensamento registrado sobre as funções estatais, o autor se posiciona no sentido de não ser possível, em regra, o controle judicial dos atos discricionários, conforme já registrado neste trabalho,

atuação do outro para que todos atuem juntos, solidariamente – e nunca isoladamente.

Complementa Santin (2013, p. 138), que “[...] a separação e harmonia entre os poderes não são óbices para o acesso à justiça, especialmente porque há interdependência no exercício da função pública”. Continua o autor: “[...] A restrição de acesso à justiça para os atos administrativos é inconstitucional, porque afronta o referido princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF); a barreira da discricionariedade tem a mesma consideração” (SANTIN, 2013, p. 141).

Nesse sentido, destacamos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no Recurso Especial nº 1.304.269 – MG, da Relatoria do Ministro Og Fernandes, em 17 de outubro de 2017 (grifo nosso):

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OMISSÃO ESTATAL. DIREITOS ESSENCIAIS INCLUSOS NO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. O STJ tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social – principalmente nos casos em que visem resguardar a supremacia da dignidade humana sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível.

2. O controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a “inescusável omissão estatal” na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial.

3. O Pretório Excelso consolidou o posicionamento de ser lícito ao Poder Judiciário “determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes” (AI 739.151 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 11/6/2014, e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 10/4/2012).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

Na mesma toada, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no A. REG. no Recurso Extraordinário nº 804.690, proferida pela Primeira Turma, da Relatoria do Ministro Luiz Fux, em 19 de outubro de 2014 (grifo nosso):

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. EXPEDIÇÃO DE LICENÇA PARA EXPLORAÇÃO DE AREIA E ARGILA. NOTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE.

1. A licença ambiental para o exercício da atividade de exploração econômica, quando sub judice a controvérsia sobre a regularidade da notificação realizada no procedimento administrativo, demanda análise da legislação infraconstitucional, bem como, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279/STF. Precedentes: RE 595.358-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 11/3/2014, e AI 776.456-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 12/03/2013.

2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.

3. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários não viola o princípio constitucional da separação dos poderes. Precedente: AI 777.502-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25/10/2010.**

4. In casu, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou: "CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA EXPLORAÇÃO DE AREIA E ARGILA. NOTIFICAÇÃO DA EMPRESA IMPETRANTE POR PARTE DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL – DNPM. NÃO EFETIVAÇÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO".

5. Agravo regimental DESPROVIDO.

Portanto, é função do Poder Judiciário a análise de toda lesão ou ameaça a direito, conforme já destacado, com fundamento no princípio da inafastabilidade jurisdicional, que garante o acesso à justiça e a apreciação pelo Poder Judiciário de todos os atos administrativos.

Não há que se admitir o argumento de violação ao princípio da separação dos poderes como mecanismo de se evitar a sindicalidade dos atos discricionários pelo Poder Judiciário. Todos os atos devem respeito aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, sob pena de nulidade.

5 CONCLUSÃO

Diante de todos os pontos apresentados e analisados, conclui-se que o posicionamento adotado pela doutrina tradicional administrativa, defendendo a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, sob o argumento de que tal atividade representaria uma violação ao princípio da separação dos poderes, está superado.

Sob a influência de princípios constitucionais e direitos fundamentais, não se pode mais admitir a discricionariedade irrestrita dos administradores. A atuação do administrador deve se pautar sempre no interesse da coletividade, de modo que qualquer ato lesivo poderá ser revisto pelo Poder Judiciário.

A separação dos poderes nada mais é, para a doutrina moderna, que a divisão de funções administrativas, que devem ser exercidas de maneira harmoniosa e no interesse social. Assim sendo, não há que se falar de interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, mas sim do controle da função administrativa, que deve ser exercida de maneira em consonância com as demais funções (legislativa e jurisdicional).

Não havendo o controle da discricionariedade pela própria Administração (por meio da revogação, de ofício, dos próprios atos) caberá ao Judiciário realizar a sindicalidade do ato, anulando-o, sempre em busca de se fortalecer e tutelar os direitos fundamentais elencados na Constituição.

O ponto que ainda pende divergente está no limite de atuação do Poder Judiciário. Caberia ao Judiciário apenas anular o ato discricionário praticado em desacordo com a lei ou com a Constituição Federal, cabendo ao administrador realizar

nova escolha em novo ato, ou poderia o Judiciário desde logo realizar a escolha mais adequada ao caso concreto, atuando negativa e positivamente? Não estaria o Judiciário substituindo a Administração Pública ao realizar a escolha?

Por todo o exposto, nos posicionamos no sentido de que o ato deverá ser realizado pela Administração Pública. Cabe ao Poder Judiciário a função de controlar o ato discricionário, anulando-o, se necessário, fazendo com que a atuação administrativa ocorra em respeito à Constituição, principalmente aos direitos fundamentais. A escolha pelo Poder Judiciário feriria de morte a discricionariedade, que tem como fundamento a possibilidade de se praticar o ato de acordo com as necessidades do caso concreto. Não há dúvida de que o administrador possui maiores informações e elementos para decidir com base na conveniência e na oportunidade, atingindo de maneira mais efetiva o interesse da coletividade, função que deve permanecer.

Admitir a escolha pelo Judiciário seria admitir sua atuação como agente administrativo, o que contaminaria sua função fiscalizatória. É possível o controle da discricionariedade, sua sindacabilidade pelo Poder Judiciário, mas a análise baseada em conveniência e oportunidade caberá ao Poder Administrativo, sob pena de decisões impraticáveis, pois decorrentes de atores (juizes) que ignoram ou desconhecem informações importantes para sua implementação concreta.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2018. Recurso online.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 804.690**. Agravante: Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Agravado: JML Areia Empreendimentos Ltda. 1ª Turma do STF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Int. no Recurso Especial nº 1.304.269**. Agravante; Estado de Minas Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 17 de outubro de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. Recurso online.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FREITAS, Juarez. **As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 35.1, jan/jun 2015, p. 195-217.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Recurso online.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discrecionalidade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NASCIMENTO, Elyesley Silva do. **Curso de Direito Administrativo**. Niterói – RJ: Editora Impetus, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Recurso online.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da Discrecionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013..

A NEUTRALIDADE DE REDE E A LIMITAÇÃO DE DADOS

Wévertton Gabriel Gomes FLUMIGNAN¹

RESUMO: O trabalho analisa o princípio da neutralidade de rede, incorporado ao Direito Brasileiro com o advento do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), demonstrando a sua importância para nortear o uso da internet no país, uma vez que possibilita um acesso democrático e livre da internet com a finalidade precípua de inclusão digital, devendo ser coibida qualquer violação a este princípio.

Palavras-chave: Neutralidade de Rede. Marco Civil da Internet. Limitação de Dados. Provedores de Internet. Direito Eletrônico.

ABSTRACT: The paper analyzes the principle of network neutrality, implemented in Brazilian Law with the advent of the Brazilian Internet Law (Law n. 12.965/14), demonstrating its importance to guide the use of the internet in the country, once that allows a democratic and free access to the internet with the primary purpose of digital inclusion, and any violation of this principle should be avoided.

Keywords: Network Neutrality. Brazilian Internet Law. Data Limitations. Internet Providers. Cyber Law.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos na denominada “sociedade da informação”, que possui dentre as suas características o desenvolvimento constante de novas tecnologias, a globalização intensa, a velocidade das comunicações e mudanças constantes.

A internet permite aos seus usuários o exercício de direitos básicos, tais como o de informar e ser informado, tornando a publicação em meio virtual acessível a qualquer público de forma rápida e prática. Ela é uma importante fonte de informações, o que a transforma em um centro de encontro, de confronto e de troca de opiniões, de crescimento de relações interpessoais, com todas as vantagens e riscos das relações sociais (PAESANI, p. 26).

A utilização da internet difundiu-se de tal modo que é praticamente impossível conceber a sociedade atual dissociada da relação interpessoal no meio cibernético com as suas variadas significações. A importância dela na nossa sociedade é latente, atingindo o próprio judiciário brasileiro, que adotou o chamado “processo eletrônico”.

Neste cenário, foi promulgado o chamado Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), estabelecendo princípios, garantias, deveres e direitos para o seu uso no país, com a pretensão de abarcar a maioria das nuances jurídicas sobre o tema. Ao analisar-se dados concretos esta lei ganha ainda mais importância. Em 2015, cerca de 3,2 bilhões de pessoas no mundo tinham acesso à internet e este número vem aumentando progressivamente conforme dados da *International Telecommunication*

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro dos grupos de pesquisa Tutela jurídica dos dados pessoais na internet e Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil da USP/FDRP. Advogado. E-mail: wflumignan@gmail.com.

Union², sendo que no Brasil, no mesmo período, havia cerca de 102,1 milhões de pessoas com acesso à Internet³.

Com a promulgação da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet) diversas novidades importantes surgiram. Dentre as inovações trazidas merece destaque o princípio da neutralidade de rede (neutralidade da internet ou *network neutrality*, em inglês), regulamentado em 2016 pelo Decreto n. 8.771 da Presidência da República. Essa garantia do usuário consiste basicamente no fato de que todas as informações que trafegam na rede devem ser tratadas de forma igualitária, não devendo ser feita qualquer distinção ou interferência no tráfego online.

Este princípio não é uma novidade no trato das relações virtuais, pois já era muito discutido mundo afora, antecedendo até mesmo o debate atual envolvendo a internet. Entretanto, no Brasil, a discussão ganhou maior relevância com o advento do Marco Civil da Internet em 2014.

Ao analisar a legislação e a doutrina pátria percebe-se uma clara inclinação ao conceito dado por Tim Wu à neutralidade de rede (WU, 2016):

*Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application.*⁴

Os debates envolvendo tal princípio ganharam maiores contornos nos anos 2000, período em que se expandiu a banda larga e houve aumento significativo no número de dispositivos conectados à internet, decorrendo principalmente do surgimento de *smartphones* e *tablets*, bem como de novas tecnologias de internet móvel. Nesta época a expansão física das redes de telecomunicações disponíveis não conseguiu acompanhar o ritmo de crescimento dos dispositivos conectados à internet e dos diversos novos serviços, surgindo evidências de que provedores de acesso⁵ estariam discriminando o tráfego de aplicações conforme seus interesses⁶.

² INTERNET TELECOMMUNICATION UNION. *Global ICT developments*. 2015. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³ IBOPE. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-ja-acessam-a-internet-diz-ibge,10000090597>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁴ “Neutralidade da rede é melhor definido como um princípio do design da Internet. A ideia é que o máximo aproveitamento da informação pública da Internet aspira o tratamento de todo o conteúdo, sites e plataformas igualmente. Isso permite a rede transportar todas as formas de informação e suporte a cada tipo de aplicação.” (tradução livre) WU, Tim. *Network Neutrality FAQ*. Disponível em: http://www.timwu.org/network_neutrality.html. Acesso em: 22 jun. 2016.

⁵ Provedor de acesso é “a pessoa jurídica que habilita um terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet pelos seus usuários mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP, exercendo uma função intermediária entre o usuário e a internet, possibilitando o acesso deste a outros serviços conforme o seu interesse e necessidade”. Neste sentido: FLUMIGNAN, Wéverton Gabriel Gomes. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 64.

⁶ Vide também: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Uma questão de escolhas: o debate sobre a regulamentação da neutralidade da rede no Marco Civil da Internet*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, São Paulo: FUNJAB, pp. 266-291.

Tim Wu, em 2003, publicou uma proposta de regulamentação da neutralidade de rede ("*Network neutrality, broadband discrimination*") no *Journal of Telecommunications and High Technology Law* da Universidade de Colorado (WU, 2003, pp. 141-179). A ideia do ensaio foi nortear uma eventual legislação sobre o tema em que todas as suas nuances fossem abarcadas, tendo se tornado um marco sobre o assunto.

Depreende-se que este princípio é importante para garantir o livre acesso dos usuários a qualquer tipo de informação disponível na rede. É um verdadeiro norteador dos provedores de conexão, tendo como um de seus objetivos implícitos a denominada "inclusão digital", que consiste em um processo de democratização do acesso às tecnologias da informação, permitindo a inserção de todos os usuários (em especial as pessoas de baixa renda) na denominada "sociedade da informação"⁷.

2 FORMAS DE VIOLAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE

A violação à neutralidade da rede pode ocorrer por diversas formas, tais como o bloqueio de conteúdo, a redução de velocidade e a cobrança diferenciada de preços por aplicação ou serviço.

A discriminação através de bloqueio de conteúdos geralmente ocorre em países cujo regime político é ditatorial ou autoritário. Nestes países, é comum que haja um rigoroso controle na internet, uma verdadeira censura, do que os usuários podem ou não acessar. Pode-se citar como exemplos países como a China⁸, Tailândia⁹, Arábia Saudita¹⁰ entre diversos outros que proíbem o acesso a conteúdos disponibilizados na internet.

Em relação à discriminação por redução da velocidade, como o próprio nome já expõe, ocorre quando há nítida diminuição da velocidade ao se carregar determinados aplicativos ou sites em comparação com os demais. Tal fato pode ocorrer pelas mais diversas razões, sendo as mais comuns a diminuição da qualidade de um serviço concorrente a outro (por exemplo, diminuindo-se a qualidade de transmissão de informações do Skype ou do WhatsApp para forçar o usuário a utilizar o serviço de telefonia tradicional); outro modo é o de reduzir o consumo de serviços que utilizam mais dados (por exemplo, reduzindo-se a velocidade de acesso do *Youtube* entre outros sites de vídeos ou músicas). Deve-se atentar que geralmente este tipo de discriminação,

⁷ Analisando-se o Decreto n. 8.771/16 percebe-se que a ideia de inclusão digital foi incluída no art. 10. Este artigo estipula que as ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, sendo esta um meio para a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural de forma a contribuir para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

⁸ A China além de bloquear muitos dos mais populares sites do mundo como, por exemplo, o Google, o Facebook e o Twitter, também tem combatido o serviço VPN (*Virtual Private Network* ou, em tradução livre, "Rede Privada Virtual"). Tal serviço era utilizado pelos usuários chineses para tentar driblar a "Grande Muralha de Fogo" - como é conhecido o sofisticado sistema de censura da internet do governo chinês - e simula o acesso à internet como se fosse feito de outro país e não da China.

⁹ Em 2014 a nova junta do governo militar na Tailândia optou por bloquear os conteúdos que criticassem o golpe, sob o argumento de que os serviços seriam suspensos caso houvesse crítica ao Conselho e violação de suas leis. Tal censura às redes sociais se somou ao bloqueio da transmissão de emissoras locais e internacionais e das estações de rádio.

¹⁰ A Arábia Saudita controla o conteúdo que os usuários podem acessar na internet através de um sistema sofisticado de filtros. Neste sistema merece destaque o fato de que há uma espécie de "censura colaborativa", uma vez que os próprios usuários podem sugerir às autoridades quais sites devem ser incluídos ou removidos da lista de proibição de acesso. Nota-se que os principais sites censurados são os que vão contra preceitos da religião muçulmana.

diferentemente dos outros modos, ocorre de forma oculta, sendo por vezes difícil a percepção por parte do usuário médio.

Por sua vez, também poderá ocorrer discriminação por cobrança diferenciada de preços por aplicação ou serviço. Nesta modalidade, o provedor faz uma clara diferenciação no preço ao usuário que acessa determinado tipo de conteúdo ou site. O exemplo tradicional e mais corriqueiro é o fato de um provedor querer cobrar a mais do usuário que acessa sites cujo consumo de dados é maior (por exemplo, *Youtube*, *Netflix* etc.).

Percebe-se, assim, que não existe um único modo de violação ao princípio da neutralidade da rede, devendo-se analisar caso a caso se tal princípio estaria sendo violado ou não.

Há quem entenda, por exemplo, que o sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) lançado em 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de padronizar o sistema de integração dos tribunais violaria o princípio da neutralidade de rede. Este entendimento decorre do fato de que o PJe, como um provedor de aplicação que é, deveria se submeter as regras inerentes a isto, respeitando os ditames do Marco Civil da Internet. Ocorre que não há padronização quanto aos navegadores e sistemas operacionais dos tribunais brasileiros, o que gera diversos problemas práticos e prejudica quem utiliza o sistema, uma vez que ao priorizar determinados navegadores o PJe estaria violando a neutralidade de rede (FLUMIGNAN, S. e FLUMIGNAN, W. 2017, pp. 248-257).

3 O PANORAMA ATUAL DA NEUTRALIDADE DA REDE

Em dezembro de 2017, a Comissão Federal de Comunicações (FCC, na sigla em inglês) dos Estados Unidos da América, aprovou a revogação de medidas estabelecidas em 2015 para proteger a neutralidade da rede. Revertendo o entendimento da rede como um “bem público”, no qual os provedores de internet são obrigados a tratar todos os dados de maneira igual, sem discriminação por sua origem, tipo e destino.

A decisão foi referendada pelo Congresso Americano, entrando em vigor em junho de 2018 e revogando o Título II da Lei de Comunicações na qual estava prevista a neutralidade da rede¹¹. Com isto, será possível, nos EUA, um sistema que permite diferentes velocidades em função do pagamento e dos interesses dos operadores, podendo, inclusive, priorizar determinados conteúdos e cobrar pacotes diferenciados de acesso.

No Brasil, o temor dos que se opõem à medida tomada pelos Estados Unidos da América é que a mudança implementada por eles que são berço da neutralidade de

¹¹ Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,o-fim-da-neutralidade-da-rede-nos-eua-e-oficial-entenda-os-impactos,70002346568>. Acesso em: 16 fev. 2019.

rede possa reabrir o debate no país sobre o tema. Aqui, a neutralidade de rede passou a ser garantida com a promulgação do Marco Civil da Internet em 2014¹².

Analisando-se a Lei n. 12.965/14, tem-se que o Brasil adotou a neutralidade de rede como um princípio norteador do uso da internet no país (art. 3º, IV, Lei n. 12.965/14). O assunto é tratado no Capítulo III, Seção I do referido diploma legal - mais especificamente no art. 9º - notando-se uma clara inclinação à definição clássica trazida por Tim Wu.

Válido dizer que em 2016 foi regulamentado o Decreto n. 8.771 pela Presidência da República. A importância deste regulamento se deve ao fato de que um de seus objetivos principais foi o de regulamentar o Marco Civil da Internet no que concerne à neutralidade de rede, trazendo diversas informações relevantes sobre o tema.

Ao analisar o art. 9º da Lei n. 12.965/14, depreende-se que os provedores de internet devem tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, não podendo fazer distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, sendo que essa exigência de tratamento isonômico, conforme o art. 3º do Decreto n. 8.771/16, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet bem como os fundamentos, princípio e objetivos do uso da internet no Brasil.

A Lei n. 12.965/14 estipulou que a discriminação ou degradação do tráfego seria regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República (art. 84, IV, Constituição Federal), ouvindo-se o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e a Agência Nacional de Telecomunicações e só podendo decorrer de dois motivos: de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e priorização dos serviços de emergência.

De fato, a discriminação ou a degradação do tráfego somente foram regulamentadas em 2016 com o advento do supracitado Decreto n. 8.771/16, que determinou que estas seriam medidas excepcionais e só poderiam ocorrer nas hipóteses citadas anteriormente.

Além disso, o Decreto trouxe no seu art. 5º informações mais precisas do que seriam os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações. Estes requisitos objetivam, basicamente, manter a estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade da rede e são aqueles decorrentes de tratamento de questões de segurança de redes e de situações excepcionais de congestionamento de redes¹³.

Como exemplos de tratamento de questões de segurança de redes têm-se o envio de mensagens em massa (*spam*) e o controle de ataques de negação de serviço. Por sua vez, como exemplo de tratamento de situações excepcionais de

¹² Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/15/politica/1513351293_438759.html. Acesso em: 16 fev. 2017.

¹³ Para a adequada prestação de serviços e aplicações na internet é permitido o gerenciamento de redes, entretanto deve-se utilizar apenas de técnicas compatíveis com os padrões internacionais, desenvolvidas para o bom funcionamento da internet, além de observar os parâmetros regulatórios expedidos pela Anatel e as diretrizes estabelecidas pelo CGI.br.

congestionamento de redes, pode-se elencar as rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

Cabe destacar também que o Decreto n. 8.771/16 deixa claro que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) deve atuar na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos ora elencados, devendo ser consideradas as diretrizes estipuladas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

Por sua vez, o art. 8º do referido Decreto estipulou que a degradação resultante da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de duas hipóteses: comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência ou comunicação entre eles, conforme previsto em regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ou; comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública. Destaca-se que a transmissão de dados nestes casos deverá ocorrer de forma gratuita.

Cabe ressaltar que nas hipóteses previstas anteriormente de degradação ou discriminação do tráfego, o responsável não poderá causar danos aos usuários, devendo agir com proporcionalidade, transparência¹⁴ e isonomia bem como informar previamente sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, oferecendo serviços em condições comerciais não discriminatórias, abstendo-se, também, de praticar condutas anticoncorrenciais (art. 9º, §2º, Lei n. 12.965/14). Nesta espécie de degradação ou discriminação, o provedor de conexão poderia, buscando praticar atividade anticoncorrencial, degradar o tráfego de serviços concorrentes aos seus, favorecendo o seu próprio conteúdo¹⁵.

Com o histórico de outros países na questão de censura na rede e o passado recente do Brasil, o legislador optou por estipular expressamente no §3º do art. 9º da Lei n. 12.965/14 que no serviço de conexão à internet bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é proibido bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados (FLUMIGNAN, 2018, p. 56). Além disso, o art. 9º do Decreto n. 8.771/16 veda condutas unilaterais ou acordo entre o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento (geralmente os provedores de conexão) e os provedores de aplicação que visem comprometer o caráter público e irrestrito do acesso à internet, que priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais e que privilegiem aplicações

¹⁴ O art. 7º do Decreto 8.771/16 estipulou como medidas de transparência sobre os motivos do gerenciamento que impliquem em discriminação ou degradação a indicação nos contratos de prestação de serviço firmado com usuários finais ou provedores de aplicação e a divulgação de informações referentes às práticas de gerenciamento adotadas em seus sítios eletrônicos, devendo a linguagem ser de fácil compreensão ao usuário. Cabe ressaltar que as informações deverão conter, no mínimo, a descrição das práticas adotadas, os efeitos destas na qualidade de experiência dos usuários e os motivos para adoção delas.

¹⁵ Neste sentido: "Em última instância, a neutralidade tem o efeito de evitar o acesso desigual ou a discriminação (seja degradação ou priorização) sobre o tráfego da rede bem como práticas anticompetitivas (ou seu incentivo), por meio das quais o detentor da infraestrutura e rede que controla o acesso e sua precificação, trafega os dados e provê o serviço dessa entrega, tem a habilidade de degradar o tráfego de serviços concorrentes aos seus, favorecendo o seu conteúdo proprietário, em especial os serviços transportados (correio eletrônico, mensagens instantâneas, vídeos, dados) ou o acesso ao conjunto dinâmico de conteúdos/serviços/aplicações/usos acessíveis através da rede". MELCHIOR, Sílvia Regina Barbuy. *Neutralidade no direito brasileiro*. In: Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014. MASSO, Fabiano Dolenc Del; ABRUSIO, Juliana, FLORENCIO FILHO; Marco Aurelio. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, comutação ou roteamento ou empresas que integrem seu grupo econômico.

Apesar de todo o avanço decorrente do tratamento da neutralidade da rede no Brasil, tem-se enfrentado diversas discussões sobre o assunto. Por mais que o Marco Civil da Internet o apregoe como um dos pilares do uso da internet no país, há discussões importantes envolvendo a questão do limite de dados por parte das operadoras.

4 NEUTRALIDADE DE REDE E A QUESTÃO DO LIMITE DE DADOS

Recentemente, o Brasil tem enfrentado debates acerca dos limites de dados por parte dos provedores de internet, principalmente com a revogação de medidas de proteção à neutralidade de rede nos Estados Unidos da América em 2017, que eram o berço sobre o assunto¹⁶.

As empresas (provedores de internet) querem limitar o uso de internet no país pelos usuários com a premissa de que “quem usa mais deve pagar mais”, ou seja, quem usa serviços que consomem mais dados como, por exemplo, *streaming* de vídeos e músicas¹⁷ deveria pagar mais do que os usuários que usam serviços mais simples e que consomem menos dados, como acesso a e-mails e notícias.

Os principais argumentos contrários a esta limitação se encontram no próprio Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Já existem, inclusive, processos no judiciário discutindo a legalidade desta medida, citando, principalmente, o art. 7º, IV do diploma legal, que estipula como direito do usuário a não suspensão da conexão à internet, exceto se esta se der por débito diretamente decorrente de sua utilização.

No próprio art. 9º da Lei n. 12.965/14, que trata especificamente sobre a neutralidade de rede, conforme já mencionado, há clara estipulação de que o limite de dados é contrário à lei ao estipular que o usuário deve receber serviços em condições comerciais não discriminatórias e as operadoras só poderiam estabelecer discriminação ou degradação do tráfego se decorrente de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações ou para priorizar serviços de emergência.

Além disso, a limitação do pacote de dados também vai contra a inclusão digital, um dos principais objetivos da neutralidade de rede. Analisando-se o art. 10 do Decreto n. 8.771/16 tem-se que a cobrança de acesso à internet deve preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, visto que esta é um meio de desenvolvimento econômico, social e cultural e contribui para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

¹⁶ Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/15/politica/1513351293_438759.html. Acesso em: 16 fev. 2017.

¹⁷ *Streaming* é uma forma de transmissão instantânea de dados de áudio e vídeo que se popularizou com o advento da *Web 2.0*, principalmente pelo fato de que neste tipo de serviço não há necessidade de se fazer o *download* do arquivo que deseja utilizar, tornando o acesso aos conteúdos mais rápido e prático. Vale ressaltar que o *streaming* não é de fato uma tecnologia tão recente, mas se popularizou com a melhora na velocidade das conexões com a internet, principalmente com a popularização da banda larga. Como exemplos deste tipo de serviço têm-se a *Netflix*, o *Youtube* e o *Spotify*.

Com base nisto, caso os provedores limitem os dados “cobrando mais de quem usa mais” a internet somente poderá ser acessada realmente de forma livre por quem de fato tenha condições de pagar vultosas quantias por ela, excluindo-se as pessoas que não possuem grande poder aquisitivo do uso democrático e livre da internet (FLUMIGNAN, 2018, p. 58).

É justamente neste ponto que a discussão se torna maior. Como exposto, não pode haver, segundo o princípio da neutralidade de rede, qualquer tipo de discriminação de conteúdo - exceto em casos excepcionais já mencionados. Sendo assim, a medida tomada pelas operadoras de internet é ilegal e deve ser coibida.

O argumento dos provedores de internet é que o Marco Civil da Internet não explicita regras quanto ao modelo de cobrança autorizado, não fazendo qualquer menção aos termos “franquia” ou “limites de dados” em seus artigos. Além disso, sustentam que o limite de dados beneficiaria tanto os usuários como as empresas.

Outro argumento utilizado é que o modelo de cobrança por franquia é regulamentado no país tanto para conexões de banda larga fixa como para redes móveis. Neste sentido, o art. 63 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução n. 614/13) menciona ser possível o estabelecimento de franquias e que poderá haver redução da velocidade contratada pelo usuário, sem cobrança adicional pelo consumo excedente. Caso o usuário, entretanto, opte por pagar este adicional deverão ser mantidas as demais condições de prestação do serviço.

Cabe ressaltar que o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (Resolução n. 632/14), em seu art. 22, menciona que as operadoras devem fornecer ferramentas que possibilitem ao consumidor acompanhar em tempo real os seus gastos, informando ao cliente quando o pacote de dados estiver próximo do fim (art. 80 do Regulamento).

Percebe-se que a legislação é nitidamente contrastante. De um lado está o Marco Civil da Internet, que deixa claro que este tipo de limitação é ilegal com base no princípio da neutralidade de rede, e do outro lado tem-se as Resoluções n. 614/13 e 632/14 da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) que a permitem.

Até o presente momento não há um consenso sobre o assunto, sendo que diversas instituições procuraram o Poder Judiciário para resolver o impasse. A maioria das instituições que defendem os usuários é contra esta limitação, argumentando que o Marco Civil da Internet, neste ponto específico, é mais favorável ao usuário e, portanto, deveria prevalecer, visto que a proteção ao consumidor é um direito fundamental e cláusula pétrea prevista no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. O próprio Ministério das Comunicações pediu para que a Anatel defenda os consumidores contra quaisquer práticas abusivas dos provedores.

Contrários a esta limitação destacam-se o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), o Proteste (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor) e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

O IDEC ingressou com uma Ação Civil Pública contra os maiores provedores de internet do Brasil para barrar a fixação de limite de tráfego de dados nos serviços de

banda larga (processo n. 2016.01.1.041963-3/DF)¹⁸, sob o argumento de que tal limitação violaria tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Crimes Econômicos (Lei n. 12.529/11), já que estas empresas detêm juntas cerca de 90% do mercado brasileiro e estariam tentando aumentar seus lucros ilegalmente. Além disso, as cláusulas contratuais que visam limitar a velocidade da internet ou bloqueá-la seriam ilícitas, pois colocam o consumidor em excessiva desvantagem.

O Proteste, por sua vez, também ingressou com uma Ação Civil Pública em face das maiores empresas do setor (processo n. 1045633-86.2015.8.26.0100/SP), requerendo que os provedores de conexão à internet se adequassem aos termos do art. 7º, IV e art. 9º da Lei n. 12.965/14, que tratam sobre a neutralidade da rede.

A OAB, no entanto, apenas manifestou seu posicionamento contrário à limitação e em favor dos consumidores, não tendo ajuizado, até o presente momento, nenhuma demanda judicial no sentido de proteger os direitos dos usuários¹⁹.

5 CONCLUSÃO

Conforme se depreende, o Marco Civil da Internet demonstrou um inegável avanço na proteção dos usuários e na disciplina do uso da internet, permitindo a inclusão digital dos usuários e mencionando a neutralidade da rede como um dos alicerces do uso da internet no país.

Neste sentido, não há razão de direito e fática para que não prevaleça à proteção fornecida por nossa Constituição Federal concernente ao usuário, devendo preponderar o que lhe for mais vantajoso ao consumidor, o que, conforme exposto, é o ideal trazido pelo princípio da neutralidade de rede e exposto no Marco Civil da Internet, uma vez que este é essencial na busca da inclusão digital dos usuários.

Qualquer violação à neutralidade da rede, tal como a limitação de dados, deve ser coibida, visto que além de violar os alicerces do uso da internet no país e os direitos básicos do consumidor, poderá também agravar a situação de usuários de internet que não possuem grande poder aquisitivo. Isto porque, a premissa de que “quem usa mais deve pagar mais” agravará a desigualdade entre usuários.

O ideal elencado no Marco Civil da Internet é que a internet seja um ambiente democrático e livre, no qual se busca informações e a inclusão digital da sociedade, diminuindo-se as diferenças sociais e culturais sabidamente conhecidas na nossa sociedade. Ao possibilitar que o acesso à internet seja limitado cobrando-se mais de quem utiliza mais dados tem-se que ela será acessada de forma realmente livre por quem de fato tenha condições de pagar quantias elevadas, excluindo-se as pessoas que não possuem grande poder aquisitivo do uso democrático e livre da internet e agravando as diferenças sociais e culturais sabidamente conhecidas do país.

¹⁸ O IDEC disponibilizou para consulta pública a petição Inicial da Ação Civil Pública n. 2016.01.1.041963-3/DF em seu site. Disponível em: <http://www.idec.org.br/pdf/acp-bloqueio-bandalarga-140416.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2016.

¹⁹ Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=42195&sid=4>. Acesso em: 23 jun. 2018.

REFERÊNCIAS

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. **Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet** (Lei n. 12.965/14). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. O Processo Judicial Eletrônico (PJE) e a violação à neutralidade de rede. In: **Direito e Ciência Política: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pp. 248-257.

IBOPE. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-ja-acessam-a-internet-diz-ibge,10000090597>. Acesso em: 19 nov. 2017.

INTERNET TELECOMMUNICATION UNION. **Global ICT developments**. 2015. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MELCHIOR, Sílvia Regina Barbuy. Neutralidade no direito brasileiro. In: **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. MASSO, Fabiano Dolenc Del; ABRUSIO, Juliana, FLORENCIO FILHO; Marco Aurelio. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. **Uma questão de escolhas: o debate sobre a regulamentação da neutralidade da rede no Marco Civil da Internet**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, São Paulo: FUNJAB, pp. 266-291.

WU, Tim. **Network Neutrality FAQ**. Disponível em: http://www.timwu.org/network_neutrality.html. Acesso em: 22 jun. 2016.

WU, Tim. **Network neutrality, broadband discrimination**. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, pp.141-179, 2003.

O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO DIREITO COMPARADO E A MÁSCARA TRAGICÔMICA DAS CÓPIAS NA INDÚSTRIA DA MODA

Raquel Gomes ARANTES¹

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar a proteção legal atribuída à indústria da moda, com base na pesquisa bibliográfica no direito comparado, a fim de observar se o maior desenvolvimento deste setor econômico é influenciado pela maior proteção jurídica e se as cópias realmente são um entrave a esse crescimento.

Palavras-chave: Direito. Propriedade industrial. Moda. Cópias.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the legal protection granted to the fashion industry, based on bibliographic research in comparative law, in order to observe if the greater development of this economic sector is influenced by the greater legal protection and if the copies really are an obstacle to growth.

Key word: Law. Industrial propriety. Fashion. Counterfeit.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é o estudo da relação entre o direito e a moda, principalmente em relação às cópias, como o direito brasileiro e estrangeiro procedem em casos de pirataria. Tem por objetivo analisar se a atual proteção jurídica dispendida à moda é suficiente para tutelar os interesses dos *designers*, se o sistema jurídico influencia o comportamento das indústrias e se as cópias são apenas danosas ou podem ter seu papel benéfico para o desenvolvimento das “modas”.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada foi basicamente bibliográfica e digital, com base na descrição do tema, historicamente, e tendo em vista o Direito comparado, pretende-se realizar uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial, a fim de demonstrar a problemática envolvendo a proteção à moda.

O primeiro capítulo discorre sobre a evolução histórica do conceito de propriedade até o início do direito da propriedade industrial, bem como, resumidamente, acerca da história da moda e do Direito da Moda, mostrando a necessidade da atenção do Direito a uma indústria que apenas tende a beneficiar a sociedade.

O capítulo II abordará a forma de proteção adotada pela Europa, Estados Unidos e Brasil, abordando ainda a influência dos diferentes ordenamentos jurídicos no comportamento da indústria da moda.

O capítulo terceiro trará a distinção dada pelo Direito acerca dos tipos de cópias, definindo qual o efeito legal de cada uma delas, por que as cópias na moda não são tuteladas legalmente, bem como as duas faces da cópia, através de teorias que afirmam seus benefícios e malefícios, mas será que as cópias podem ser benéficas de alguma forma? A controvérsia situa-se no entendimento de que a cópia nem sempre é

¹ Especialista em Direito Tributário pelo IBET Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Brasil(2015).
Graduada em Direito PUC Goiás (2013).Advogada. E-mail: raquelgarantes@gmail.com

prejudicial. Outro ponto abordado neste capítulo é se há ou não a possibilidade de encontrar o limite entre a inspiração e a cópia.

2. O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O DIREITO DA MODA

2.1 O DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

As concepções jurídicas de propriedade sofreram grandes alterações em um pequeno espaço de tempo, sendo determinadas principalmente por fatores econômicos e sociais.

Tradicionalmente admitia-se como propriedade apenas bens corpóreos, não havia previsão de proteção para bens incorpóreos. No entanto, em um dado momento passou-se a admitir a existência de bens imateriais que mereciam proteção jurídica, contudo, sob a denominação de quase-propriedade, caso em que a tutela recaia no reflexo do valor psicológico da ideia.

Logo, no entanto, passou-se a admitir bens incorpóreos como propriedade, sob o argumento de que tudo o que pode ser apropriável pelo homem, e que este possa exercer sobre esse bem todos os direitos inerentes à propriedade, deve ser tutelado como tal.

O surgimento da proteção à propriedade industrial no Brasil pode ser atribuído à época do Brasil Colônia. Foi mencionada primeiramente no Alvará de 28 de abril de 1809, que concedia privilégio aos inventores. Modernamente, tem previsão na Constituição Federal de 1988, em lei específica e em acordos internacionais.

A atual Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, inciso XXIX, aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

O direito da propriedade intelectual, divide-se em propriedade industrial e direito autoral, direitos estes de natureza mercantil, por estarem inseridos na produção e comercialização de mercadorias.

De acordo com a Convenção de Paris de 1883 (FRANÇA, 1883), propriedade industrial é o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

As criações intelectuais podem ser objeto do direito da propriedade industrial, permitindo a exclusividade sobre determinada invenção, criação estética (*design*) ou sinal utilizado para diferenciar produtos e empresas no mercado (marcas).

No Brasil o direito à propriedade industrial é protegido pela lei nº 9.279/96, bem como por acordos internacionais, como o acordo TRIPS, a Convenção da União de Paris e pela Legislação da Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMIP).

Atualmente a proteção aos bens intelectuais tende a ser cada vez mais buscada devido ao grande avanço econômico do país.

Nota-se que a proteção à propriedade imaterial é própria de uma sociedade capitalista. O regime capitalista preza pela garantia da propriedade privada, permitindo o ganho dos lucros dela decorrentes, de forma que o indivíduo tenha um incentivo para a inovação.

Desde os primórdios, de acordo com que preceitua SCUDELER, 2013, p. 31, quando não havia a proteção jurídica da propriedade industrial, os inventores utilizavam de meios de proteção para suas criações. Leonardo da Vinci é um dos exemplos da história, escrevia os relatórios de suas criações de trás para frente, inviabilizando a leitura por estranhos. A União Soviética, na época de transição, nas décadas de 80 e 90, por não proporcionar proteção e reconhecimento às invenções, perdeu um de seus grandes pensadores para o mundo capitalista.

Assim, a tutela jurídica do trabalho intelectual seria um prêmio concedido aos criadores de grandes ideias, outorgando-lhes monopólio dos direitos de propriedade. O monopólio legal dispendido às criações visa garantir retorno financeiro e reconhecimento ao trabalho intelectual, não permitindo que o investimento de uma empresa seja usufruído por outra, sem nenhum custo.

A proteção à marca também é essencial ao falar em proteção da propriedade industrial, pois é o sinal que produz a notabilidade industrial ou profissional cuja expressão se manifesta sobre os produtos vendidos. O monopólio legal conferido às criações é garantia do reconhecimento e do retorno financeiro ao trabalho inventivo realizado (SCUDELER, 2013, p. 33).

A maneira de obter a proteção jurídica de um produto é através do registro da propriedade industrial. Com a expansão econômica e o aumento do comércio internacional as empresas vêm buscando a tutela adequada para suas marcas. Um produto falsificado pode trazer uma péssima reputação da qualidade de certa marca, que em regra, demora anos para adquirir a confiança dos consumidores.

2.2 A MODA E O DIREITO DA MODA: ORIGENS E DIFUSÃO

Atualmente a moda se tornou extremamente atraente para investidores. Cada vez mais o número de pessoas que sentem necessidade de seguir as tendências aumenta, gerando efeito em vários ramos da sociedade.

É necessário entender o que é moda e como este interesse começou, bem como a influência dos regimes políticos, das classes sociais e dos ordenamentos jurídicos para a formação do entendimento acerca deste setor.

O conceito de moda não é pacífico, um mesmo autor expõe vários conceitos, entre eles, mudança social; mudança rápida e contínua de estilos (SVENDSEN, 2010, p. 12 e 13).

O desenvolvimento da moda pode ser visto como um resultado da tentativa de combatê-la (SVENDSEN, 2010, p. 40). As primeiras normas conhecidas que versavam sobre moda situam-se no Egito e na Grécia antigos, havia estipulações de quem poderia usar o que. No Egito, apenas as classes mais altas tinham permissão para usar sandálias. Os romanos também tinham suas regras, apenas o cidadão romano poderia usar toga, e caso fosse destituído de sua cidadania, deveria abandonar a vestimenta.

Na Europa medieval, a tentativa de combate à moda se deu no momento em que a igreja e o estado uniram-se no combate ao luxo. O contato com o Oriente, durante as cruzadas, trouxe para a Europa tecidos e pedras preciosas valiosíssimos. Com o início de ostentação de riquezas pela sociedade, a igreja e o estado se juntaram com o intuito de controlar a situação.

A primeira medida utilizada foi a implementação de leis que regulavam inclusive, o vestuário, as principais são as chamadas leis suntuárias, que vigoraram do século XIII ao XVII e previam a vinculação do uso de determinados artigos à classe social, certos trajes e acessórios eram reservados a posições sociais específicas, classes mais baixas, mesmo que tivessem recursos para comprá-los, não o podiam.

Contudo, na idade média essas normas tornaram-se mais específicas e abrangentes, devido à necessidade de manter a diferenciação entre classes, exigida pela sociedade que o capitalismo havia criado. Outro argumento utilizado para frear a moda, era o desejo de manter a "moralidade", pois se pensava que o objeto de luxo corrompia o ser humano, afinal, vestuários suntuosos eram uma vaidade, ou seja, um grave pecado. Parecem, no entanto, ter tido efeito contrário, pois eram violadas a todo o momento, parece ter tornado os artigos de luxo ainda mais atraentes, afirmaram o papel do vestuário e acessórios na imagem a ser passada para a sociedade, e como essa imagem lhe daria status.

Até algum tempo atrás ainda havia regras de proibição de vestuário, mas já não diziam respeito às classes sociais, mas ao cenário político, pode-se citar como exemplo a proibição do uso de *kilts* pelos escoceses durante a ocupação inglesa, a proibição do uso de calças pelas mulheres, a proibição dada pelo governo francês do uso do *hijab*, utilizado pelas muçulmanas, nas escolas.

Apesar do fim das proibições quanto ao uso de determinada peça devido à classe social, a classe trabalhadora só foi atraída pela moda no século XIX, principalmente por razões econômicas, mas a produção em massa introduzida com o implemento de máquinas, que permitiram uma produção em massa.

Essa democratização significou o início da interação social da moda, permitindo que as classes mais baixas também buscassem uma distinção entre si. Desde então essa tendência apenas se intensificou. A partir desse crescimento da produção em massa, o consumo passou a recair sobre símbolos, que produziam uma identificação com aquilo que o item de consumo representa.

A teoria utilizada para explicar a moda é a chamada “teoria do gotejamento”, que afirma que a inovação ocorre em um nível mais alto e depois se espalha pelas camadas mais baixas.

Esta teoria traz dois princípios: o da diferenciação dirigido aos membros de uma mesma classe e o da imitação entre classes distintas. Para que esses princípios tenham valor é imprescindível uma sociedade capitalista, com formação de classes sociais, pois a moda é a vontade de diferenciar.

Contudo, na modernidade, a classe social não é mais um fator diferenciador de moda. Houve a emergência do individualismo, no qual a moda torna-se mais uma preocupação individual, deixando de ser uma característica de determinado grupo social e trazendo a característica do “eu” como indivíduo único. A moda continua sendo um fator diferenciador, mas será mais uma diferença individual que classista.

Hoje a difusão da moda não se pauta em nenhum princípio e se dá mais no interior de vários segmentos que de um segmento para outro por ‘gotejamento’ (SVENDSEN, 2010, p. 65). O mercado de massa tornou-se também individualizado, produtos são lançados com suas variantes, de maneira que cada um crie sua individualidade.

A idade pós-moderna é marcada pela “sociedade do consumo”, que consome para satisfazer necessidades já existentes, mas principalmente para criar uma identidade. Este consumidor pós-moderno visa, através do consumo, satisfazer o desejo de ter sempre um maior número de novidades, são movidos pelo anseio de ter o objeto absolutamente satisfatório, contudo o objeto comprado nunca estará de acordo com as expectativas de realização, desencadeando uma rede cada vez maior de consumo. Contudo, é mais correto afirmar que a cultura do consumo não é um fenômeno uniforme – seria mais preciso falar sobre ela no plural, como uma miríade de culturas de consumo (SVENDSEN, 2010, p. 128).

No consumo pós-moderno o que se compra são as diferenças, em forma de símbolos (marcas), que substituem a qualidade, os objetos são cada vez menos ligados a utilidade, não significando, necessariamente, que o consumidor não pense na utilidade do produto.

Atualmente, o maior percentual de gastos é feito em produtos considerados supérfluos, ou seja, aqueles que não estão ligados às necessidades básicas do ser humano. Com isso, o comércio tecnológico e a indústria da moda tiveram cada vez mais espaço.

No século XXI, a moda alcançou o patamar de uma verdadeira indústria global. Consumidores em praticamente todos os lugares do mundo estão familiarizados com o mercado de massa das marcas. Ao mesmo tempo, a criatividade artística dos trabalhos de alta costura e marcas de luxo fez a ascensão da cultura da moda.

Durante muito tempo o Brasil apenas reproduzia padrões europeus ou americanos, não possuindo uma tradição de produzir moda. Apenas no início do século

XXI, houve a mudança deste cenário, com o sucesso de marcas e modelos nacionais no exterior.

A cada ano, em razão do incentivo à formação de novos profissionais, a indústria da moda tem sido cada vez mais rentável para a economia brasileira, gerando grande número de empregos. Marcas nacionais estão ganhando notoriedade no cenário internacional.

Toda a cadeia produtiva e criativa está assimilando questões importantes para o sucesso e proteção de suas marcas, conceitos, tendências e criações. Designer, estilistas e empresas do ramo da moda como fábricas, distribuidores, agência de modelos, fotógrafos, entre outros, estão se preocupando com as questões contratuais e legais que envolvem seus serviços e produtos, impulsionando o desenvolvimento de um novo ramo do Direito: o Fashion Law (FASHION LAW BRASIL).

O Direito que tutela a moda já possui destaque nos Estados Unidos e na Europa, mas ainda é novo no Brasil. O maior desafio é o reconhecimento da peça de moda como arte, e consequentemente, ser enquadrada à proteção autoral. Outro desafio neste ramo, e talvez o que mais se busca uma solução é a maneira de frear as falsificações.

Entretanto, há quem afirme que cópias nem sempre são danosas, não inibem a produção criativa e a inovação, ao contrário, se fazem necessárias ao ciclo de inovação da moda.

Assim, cada vez mais a indústria da moda brasileira necessita de tutela jurídica específica, tanto para proteger a negociação comercial, quanto para tutelar o trabalho intelectual utilizado nas criações.

3. A PROTEÇÃO A MODA NOS DIFERENTES ORDENAMENTOS JURÍDICOS

3.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO EUROPEU

No início do século XVIII, os tecelões de seda de Lyon, na França, foram os primeiros a buscar a proteção da propriedade intelectual de seus desenhos, e até 1787, um decreto real estendeu a proteção a fabricantes de seda de âmbito nacional. Para não ficarem atrás, os concorrentes britânicos, no mesmo ano, garantiram a proteção para vários tipos de tecido, juntamente com gravuras e estampas contidas neles.

Após o início da industrialização da produção têxtil, o século XIX presenciou tanto o estabelecimento da alta costura em Paris e da ascensão da indústria do vestuário de massa. Estas duas facetas acabariam por desenvolver um complexo relacionamento jurídico e prático, mas no início apenas a costura teve qualquer influência significativa no desenvolvimento de novos estilos (SCAFIDI, 2006, p.02).

A indústria de alta-costura francesa respondeu ao aumento da pirataria de duas formas: primeiro, buscando a proteção da propriedade intelectual para desenhos de moda e, segundo, por licenciamento desses projetos para fabricantes de renome, nacionais e estrangeiros. Em sua busca para a inclusão no sistema de propriedade

intelectual, os designers franceses foram capazes de confiar na lei de direitos autorais até 1793, alterada em 1902, e da lei de design industrial de 1806, alterada em 1909. Ambos os tipos de proteção foram confirmadas pela interpretação dos tribunais em processos movidos nas primeiras décadas do século XX.

Assim, protegidos legalmente contra copiadorems em seu próprio mercado doméstico, costureiros exportavam moda francesa para todo o mundo. Apesar da proteção dada ao desenho de moda não ter impedido que o mercado de massa fizesse modelos muito parecidos a preços bem menores.

Apesar da lei francesa de propriedade intelectual não ter conseguido eliminar a pirataria na França ou no exterior, a proteção de que gozam os *designers* que trabalham na Europa, contribuiu para a força da indústria e sua influência global. Mesmo assim, a França tem a mais forte proteção legal do mundo para o *designer* de moda, pois admite que seja inserido em direitos autorais.

A União Europeia prevê uma proteção abrangente para projetos de moda. Em 1998, o Conselho Europeu aprovou uma diretiva europeia sobre a proteção legal de projetos industriais.

A diretiva obriga os Estados-Membros a harmonizar suas legislações em matéria de proteção de desenhos industriais registrados, uma categoria que inclui projetos de moda, de acordo com as normas estabelecidas na diretiva. Essas normas incluem a proteção a um design de moda registrado (RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2006, p. 49).

Assim, a Europa possui a mais forte proteção legal de projetos de moda, concedendo-lhe o direito autoral, desde que sejam dotados de novidade e sejam registrados, em alguns casos a proteção é concedida mesmo sem o registro.

3.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO AMERICANO

Enquanto na França ocorreu o desenvolvimento de uma indústria da moda criativa e leis de propriedade intelectual para protegê-la, os Estados Unidos, ao contrário, resistiram tenazmente para introduzir leis de proteção à moda e tornou-se um refúgio para copiadorems.

Em termos históricos, o padrão de desenvolvimento industrial nos Estados Unidos, bem como nas mais recentes economias emergentes, em regra, começa com um período de pirataria inicial. Começa a desenvolver seu próprio setor criativo na indústria pirata, que leva a promulgação de leis de propriedade intelectual para promover ainda mais o seu crescimento.

Contudo, na indústria de moda americana, o padrão habitual de cópia desenfreada seguida por uma maior proteção jurídica, não está presente. A fim de compreender o estado atual da lei de propriedade intelectual dos EUA com relação à moda, faz-se necessário uma breve análise do histórico desta legislação (SCAFIDI, 2006, p. 05).

Projetos têxteis e de vestuário, que são criações estéticas e também utilitárias, poderiam, teoricamente, serem protegidas sob o regime de direitos autorais ou de um regime de desenho industrial, contudo, não adotaram efetivamente nenhum deles. Embora a lei dos EUA oferecesse a proteção de patentes de *design* a partir de 1842, os rigorosos padrões impediam o registro de desenho de moda. A negação de uma patente a uma empresa de manufatura de seda, em 1882, impulsionou a indústria, reivindicando proteção para suas criações, mas sem sucesso.

Em 1913 houve um registro de um ato chamado Direitos do Autor, uma alteração da Lei de Direitos Autorais, que visava seguir o modelo Francês e permitir o registro do desenho de moda juntamente com as obras artísticas, no entanto não foi bem sucedida. Apenas legislaram ou concederam judicialmente, proteção de tecidos ou roupas durante as primeiras décadas do século XX.

Durante as duas décadas seguintes, uma série de projetos de lei procurou estender a proteção à moda e indústrias relacionadas. O mais bem sucedido destes foi introduzido em 1926 que após uma série de alterações, acabou sendo deixado de lado.

Parte do judiciário sentia falta de proteção para estes artigos e esperavam uma ação do legislativo, pois a lei que tinham não mais atendia as necessidades. Após este período, várias outras medidas foram tentadas, porém sem sucesso.

Com isso, os próprios industriais juntaram esforços para promover uma proteção para seus produtos, o principal desses esforços de autoajuda para controlar a pirataria foi o projeto que estabeleceu o grupo "*The Fashions of America*" em 1932. O grupo começou como uma organização voluntária dos fabricantes de roupas que concordaram entre si em vender exclusivamente para os varejistas que, por sua vez formalmente registrados comprariam apenas desenhos originais (SCAFIDI, 2006, p. 48). A fim de garantir o cumprimento, o grupo criou um sistema de registro de desenho, os varejistas eram vigiados, se necessário, envolvidos em processos de arbitragem, e notificados de sua participação em violações por meio de cartões. Se o varejista recusasse a afastar-se de projetos pirateados ou, acordado as regras do grupo, mas depois as violado, era listado com um cartão vermelho, que era enviado aos fabricantes. Se o fabricante que recebeu o cartão vermelho com os dados do varejista infrator, ignorasse e vendesse sua mercadoria, estava sujeito à multa.

Estes esforços da indústria podem ter sido eficazes no controle da distribuição e dos projetos piratas, mas logo veio a intervenção de lei antitruste, sob a alegação de que o grupo de industriais tinha agido de forma a conter razoavelmente o comércio.

Na década de 1950, desenvolveu-se uma proteção autoral a obras de artesanato artístico, jóias, bijuterias, e posteriormente, fivelas de cintos, sob o argumento de que a forma artística de um objeto é diferente de sua forma utilitária, ou seja, independe de sua função. Essa proteção, contudo, não se aplicava aos desenhos de moda, pois eram considerados funcionais, ou seja, indistinguíveis em termos de direitos autorais de outros desenhos impressos de moda.

Após esta série de derrotas legislativas, a indústria da moda voltou sua atenção para outras vias possíveis de proteção. A estratégia mais ampla e bem-sucedida

foi o apelo à marca. O projeto de uma camisa ou uma bolsa pode não ser protegido pela lei dos EUA, mas um logotipo que aparece do lado de fora daquele produto goza de proteção integral do sistema de marcas. Assim, passaram a utilizar logotipos com desenhos e etiquetas visíveis do exterior, a fim de deixar notória a autoria de determinado produto.

A ausência de tal proteção não reflete uma indiferença quanto à pirataria, ou uma falta de esforço ao longo do século passado. Ao contrário, a história revela uma série de tentativas públicas e privadas para resolver a questão que, embora aquém do seu objetivo final, conseguiu proteção para áreas limitadas, como para as estampas de tecido e logos de grife.

Apesar do grande esforço da indústria da moda, até hoje não há uma proteção explícita para suas peças de moda, oferecendo, em casos raríssimos proteção parcial para artigos inovadores de roupas e acessórios. A maioria dos itens ainda é vulnerável às invasões de copidores, no entanto, alguns elementos de desenho podem ser protegidos através da aplicação da marca.

Outras formas disponíveis nos EUA para a proteção de parte da moda são a proteção do *trade dress*, que compreende o conjunto da identidade do produto, direitos autorais em casos extremamente raros e por patente, contudo não há proteção ao desenho de moda, por serem considerados utilitários apenas poucos detalhes de grande inovação conseguem ser protegidos.

Contudo, os estilistas americanos ainda buscam proteção para suas criações, por meio da aprovação da Lei de Proibição a Pirataria do Design de Moda. Em sua forma atual esta lei, se aprovada, altera a Lei de Direitos Autorais para oferecer três anos de proteção para registro de desenhos de moda, posteriormente eles entrariam para o domínio público.

3.3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar da percepção de que a indústria da moda é baseada apenas em inspirações e tendências, a lei de propriedade industrial desempenha um papel vital neste setor competitivo e rentável, podendo garantir a exclusividade de desenhos de moda (a marca, patente, desenho industrial, *trade dress*²).

O Brasil não possui uma história de luta em busca da proteção legal para suas criações de moda, mas é nova se comparada às citadas anteriormente. Apesar da lei de propriedade industrial brasileira não explicitamente proteger desenhos de moda, a jurisprudência vem suprindo esta falta.

² A expressão "*trade dress*" não possui definição legal no Brasil, os doutrinadores e o judiciário costumam traduzi-lo como 'conjunto-imagem' ou 'vestimenta do produto'. Contudo, existe outra expressão, que pertence à área do *design* e da comunicação que é mais facilmente compreendida e define perfeitamente o conceito em questão. Trata-se da 'identidade visual'. (PORTILHO, 2008, p. 01).

Esta proteção poderia ser encaixada nas patentes, no entanto, os altos padrões do teste de novidade e os critérios de funcionalidade evitam que a indústria da moda se utilize das leis de patentes com frequência ou de forma eficaz.

Quando se trata da lei de direitos autorais, protegem-se desenhos, jóias, fotografias e estampas de tecido, mas não o desenho de um artigo de vestuário. Isto ocorre, primeiramente, porque a roupa normalmente não passa no teste de funcionalidade.

Devido às incertezas, falta de direitos autorais e disposições do direito de patentes que protegem especificamente desenhos de moda, as indústrias de renome tendem a utilizar, sobretudo, a lei de marca. As marcas têm uma duração de dez anos e podem ser renovadas pelo mesmo período indefinidamente, o que torna a proteção de marcas bastante atraente para empresas de moda.

Isso justifica porque, na indústria da moda, a identidade do produto (marca) é muitas vezes mais importante do que o próprio produto.

Apesar de ser a forma mais complicada de garantir a propriedade intelectual, pelo fato de não existir qualquer tipo de "certificado de *trade dress*", é a mais utilizada para proteger os desenhos de moda.

O conceito de *trade dress*, historicamente, tem sido principalmente utilizado para proteger *layouts* de lojas e conceitos, assim como embalagens de produtos. No entanto, uma decisão judicial importante em 2008, concedeu pela primeira vez proteção de desenho industrial para os projetos de uma empresa de roupas infantis após os projetos terem sido descaradamente copiados por um concorrente. (KAWAY, 2012, p. 01).

É relevante notar que a legislação brasileira não prevê especificamente e nem exige explicitamente a prova de significado secundário para obter a proteção por *trade dress*. No entanto, a lei de propriedade industrial brasileira proíbe de forma inequívoca uma empresa ou pessoa de usar meios fraudulentos para desviar, em seu próprio benefício ou de terceiro, a clientela de um concorrente. Assim, é através de mecanismos de concorrência desleal, que a moda brasileira tem buscado proteção por *trade dress*. O judiciário brasileiro aceita o *trade dress* como forma de proteção para produtos, como pode ser visto no julgado proferido pelo TJ-SP:

Inadmissibilidade. Carência da ação pela falta de registro do desenho industrial no INPI. Pedido de registro já em curso e deferido no decorrer da ação. A Lei de Propriedade Industrial confere direito de propor ação ao "prejudicado", conceito bem mais amplo do que o de "titular do registro ou patente". Ademais, o pedido se fundamenta na prática de concorrência desleal, conduta ilícita distinta dos atos de violação da propriedade industrial, sendo certo que a doutrina diferencia a ação de concorrência desleal da ação de contrafação (ou de violação da propriedade industrial), pois esta é calcada na titularidade do registro da propriedade industrial (direito real), enquanto aquela é fundamentada na existência pura e simples do prejuízo, tratando-se de direito pessoal à indenização por perdas e danos. Desnecessidade de perícia. **Inequívoca semelhança existente entre os produtos comercializados por autora e ré. Trade**

dress ou conjunto-imagem, característica aplicável à hipótese dos autos. Indenizações por danos materiais e morais bem arbitradas e com moderação. Apelação não provida. Embargos de Declaração nº 0130967-18.2009.8.26.0100/50000 - São Paulo - Voto nº:17.699 - GRENDENE S/A vs DANIEL ANTONIO DE FARIA – FIRMA INDIVIDUAL. (grifo nosso)

Outra forma de adquirir proteção para a moda no Brasil é a busca por um registro de desenho industrial, a lei protege com base no interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, conforme seu artigo 2º, inciso II.

Os desenhos industriais constituem invenções, em sentido lato, de forma, destinada a produzir efeito meramente visual, não sendo requisito essencial o escopo artístico, mas apenas o que eles tragam novidade. O artigo 95 da lei de propriedade industrial conceitua como desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual e original em sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial. Deve-se ter em mente que o desenho industrial nada mais é do que a junção da técnica com a estética, ou seja, uma obra de arte aplicada, a qual pode servir de tipo de fabricação industrial. (PLETSCH, 2009, p. 02).

Os requisitos da novidade, originalidade e utilidade ou aplicação industrial, incentiva a busca por investimentos em pesquisa, *design* e novos materiais para que sejam reconhecidos como inovadores e sofisticados, tanto nacional quanto internacionalmente.

Mas ainda são poucas as indústrias que registram seus produtos. As marcas preferem esperar que um produto deixe de ser interessante e não haja mais vontade de copiá-lo. Entretanto, as grandes marcas esforçam-se para obter a maior proteção possível para suas criações.

Em decisão proferida pelo TJ-SP, em ação proposta pela Grendene S/A em desfavor de Daniel Antônio de Faria Indústria e Comércio de Calçados Mikelly LTDA, mostra a posição que o judiciário vem adotando quanto à proteção do desenho industrial, o litígio diz respeito à fabricação e comercialização modelo idêntico do chinelo feminino 'MELISSA SECRET LOVE', protegido como desenho industrial, pela requerida, mas assinalada com a marca 'MIKELLY', decidiu-se que a marca Mikelly deveria abster-se de produzir e comercializar o produto, sob pena de multa diária e deveria pagar danos morais e materiais à autora, a requerida apelou e a decisão foi mantida, exceto quanto aos danos materiais.

DESENHO INDUSTRIAL. Chinelo feminino Melissa Secret Love. Produtos absolutamente similares. Concorrência desleal. Sentença de procedência, determinando a abstenção de fabricação, comercialização, distribuição do produto, bem como condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais (R\$ 10.000,00) e danos materiais. Apelo para reforma. Propriedade do desenho industrial que deve ser respeitada. Não comprovação de danos materiais. Provimento, em parte, do recurso da requerida, apenas para excluir da condenação a indenização danos materiais. Apelação nº 0144815-

Por outro lado, nem sempre o registro de desenho industrial é respeitado, apesar de um produto possuir a proteção, pode ser considerado utilitário e pertencente ao domínio público, mas o entendimento majoritário pauta-se em proteger os artigos de moda, tanto pelo *trade dress*, quanto pelo desenho industrial.

3.4 A INFLUÊNCIA DA FORMA DE PROTEÇÃO À MODA NA INDÚSTRIA

Nos Estados Unidos, os *designs* de moda não são protegidos por direitos autorais. Na Europa, por outro lado, a moda possui forte proteção, tanto sob o âmbito do direito autoral, como do desenho industrial. O Brasil possui um sistema intermediário, no qual um *design* de moda pode ser protegido, de acordo com a jurisprudência, como desenho industrial e/ou *trade dress*.

Diante de ordenamentos jurídicos distintos, cada um com sua forma de proteger, ou não o *design* de moda, surge o questionamento de como se comporta a indústria nestes centros, será que a solidez da indústria europeia advém da proteção legal dada ao *design* de moda? Mas como a indústria americana sobreviveu e cresceu sem essa proteção? E o Brasil, que só recentemente teve questões de moda suscitadas nos tribunais, tem sua indústria afetada pelas falsificações?

A alta proteção à moda na Europa não impede o surgimento de cópias, muitos produtos piratas são vendidos a preços muito inferiores, pode-se citar como exemplo prático, o comércio de imitações de bolsas de grifes famosas nas ruas de cidades turísticas da Itália.

Apesar da disponibilidade de proteção legal na União Europeia para projetos, tanto registrados como não registrados, vemos pouco litígio na Europa envolvendo desenhos de moda. A escassez de ações na Europa e onipresença da cópia são refletidas pela pouca utilização, até agora, do sistema em nível da UE para registro de desenho de moda. (RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2006, p. 1735).

Mesmo com a pouca procura pela justiça em casos de pirataria, a indústria europeia apenas se desenvolve e ganha mais público.

Nos EUA, com a baixa proteção que possuem desde o início, seria de esperar alguma diferença no comportamento da indústria no sentido da inibição da criatividade e inovação, provocando uma estagnação. No entanto, a indústria da moda americana somente cresceu e se disseminou pelo mundo.

O Brasil, com sua proteção mediana aos produtos de moda e indústria em crescimento não parece ter seu desenvolvimento atrapalhado pela forma de proteção legal, ao contrário, é responsável atualmente por 1% do consumo mundial do setor e cresce, em média, 20% ao ano (BRANDÃO e CARVALHO, 2011, p 02).

A indústria brasileira está cada vez maior, o consumo atual de produtos originais permite o crescimento de marcas nacionais, possibilitando ainda a exportação de marcas brasileiras, ganhando destaque no exterior e um maior consumo de marcas

estrangeiras que se instalam no Brasil.

Pesquisa realizada pelo IBOPE aponta que em 2011 o setor de varejo de moda movimentou cerca de 136 bilhões de reais, cerca de 95 bilhões em vestuário e 40,5 bilhões em calçados e acessórios, apenas a região Centro-Oeste movimentou cerca de 11,1 bilhões de reais (IBOPE). Apesar do grande consumo de pirataria, as empresas brasileiras de moda têm prosperado, bem como a vontade das empresas estrangeiras de se instalarem no Brasil devido ao forte consumo.

4. A MÁSCARA TRAGICÔMICA DAS CÓPIAS

4.1 AS CÓPIAS NO MERCADO DA MODA

O Direito da Moda diferencia cópia, pirataria, falsificação, contrafação, réplica e imitação.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual define contrafação como violação às marcas (OMIP), de forma que confunda o consumidor.

As réplicas são peças produzidas para deliberadamente imitar a original, na marca e forma, porém não são comercializadas como originais. As falsificações e imitações, apesar de serem produzidas para imitar o original, não possuem aparência suficientemente similar a ponto de causar confusão aos consumidores.

Cópias de design de moda são onipresentes. Projetos são frequentemente copiados por varejistas, que oferecem similares de luxo a preços acessíveis. Contudo, não se limita apenas aos grandes varejistas de moda popular, empresas geridas por *designers* conhecidos também utilizam de cópias como se fossem originais.

Cópias normalmente ocorrem na mesma época ou ano que o peça original aparece, mas às vezes pode ocorrer com uma defasagem. Apesar de raro, algumas peças de moda sobrevivem por mais de uma temporada e ganham tradição, mas nem isto impede que sejam contrafeitos.

O resultado é a apropriação notavelmente penetrante nos projetos dos criadores em todos os níveis do mercado de vestuário, sendo copiados e comercializados por outras empresas como se fossem suas ideias, caracterizando o conceito de pirataria.

A indústria da moda atribui o grande número de cópias à baixa proteção concedida pelo ordenamento jurídico, deixando a impressão de que a ampla liberdade de copiar é tida como certa em todos os níveis do setor da moda.

Apenas em raras ocasiões, em que houve procura pelo judiciário, foi concedido o direito sobre a criação. Na Europa, onde as leis de proteção a propriedade industrial são mais rígidas quanto aos desenhos de moda quase não há procura pela proteção judicial, enquanto nos Estados Unidos e no Brasil este ramo ganha pouca atenção legal, como mencionado no capítulo anterior, não há diferenças relevantes no comércio de pirataria desses países.

No entanto, vem sendo implementadas medidas de combate à venda de produtos falsificados, em 2012...

o Conselho Nacional de Combate a Pirataria e Delitos Contra Propriedade Intelectual (CNCP), vinculado ao Ministério da Justiça, participou da primeira edição da Operação Temática de Combate aos Crimes contra o Fisco e Crimes Contra a Saúde Pública (Otefis), no estado de São Paulo. (CNCP, 2012).

A ação resultou em 110 ocorrências registradas, sendo 36 prisões em flagrante e apreensões de cerca de 01 tonelada de mercadorias de vestuário, cosméticos, entre outras contrafações.

4.2 POR QUE AS CÓPIAS SÃO LEGAIS?

Os desenhos de moda, tanto os de luxo quanto os populares tem sido reinventados, reinterpretados, e às vezes simplesmente copiados.

No Brasil, a cópia dos desenhos de moda nunca foi ilegal. Mas por que os desenhos de moda não são protegidos contra cópia? A falta de proteção na lei recai na abordagem da lei da propriedade industrial de que os artigos úteis, funcionais, em que a criatividade está intimamente ligada com a praticidade, e necessitam daquela forma para ganhar utilidade, geralmente pertencem ao domínio público, conforme artigo 100, II, da lei de propriedade industrial.

Por exemplo, uma pintura não tem nenhum uso funcional, enquanto que um vestido é funcional, mesmo sendo uma obra de arte. A proteção legal do direito autoral é geralmente destinada a formas de arte que não têm qualquer função, e a lei de propriedade industrial tutela as formas artísticas que têm apenas os atributos mínimos funcionais e podem ser utilizados para a produção industrial. Desta maneira, uma joia pode ser protegida, porque é considerada ornamental ao invés de útil. Mas um vestido ornamentado que não possui exatamente a função de cobrir o corpo é considerado funcional e, conseqüentemente, não está protegido. No entanto, a peça de moda dotada de um componente expressivo que possa ser separado de sua função útil, pode ser protegida.

A maneira mais utilizada para obter a proteção de um artigo de moda atualmente, é a proteção a marca, contudo, existem críticas a respeito desta forma de proteção, pois prestigia as grandes marcas e deixa de lado os pequenos criadores. Estes, por não lhes serem conveniente o registro de um logo como marca, tentam obter a proteção por meio destes detalhes que distanciam a peça de um modelo funcional.

4.3 O PARADOXO DA PIRATARIA

A visão ortodoxa da lei de propriedade industrial sustenta que a pirataria é uma ameaça fatal para o incentivo ao trabalho criativo, e criatividade é o estoque de produção no comércio do mundo da moda.

Ao copiar produtos legítimos não há apenas a reprodução de padrões originais do proprietário da marca, mas também diminuição do valor dos produtos

originais no mercado, fazendo produtos exclusivos parecerem populares. Essa prática prejudica o proprietário da marca, que busca manter a exclusividade no mercado, enquanto, ao mesmo tempo em que falsificadores capitalizam a criatividade e a reputação do *designer*.

Alguns falsificadores são mais fáceis de detectar do que outros. Atualmente são capazes de produzir imitações extremamente precisas, não sendo possível para o consumidor amador distinguir se é verdadeiro ou não.

A pirataria intelectual, que ocorre por meio da cópia de criações não registradas, já ocorre há tempos no mundo da moda vide as cópias feitas por pequenas marcas e grandes magazines dos modelos da Alta Costura. São famosos os casos em que outras empresas plantavam “espíões” nos desfiles de lançamento das *maisons* para replicar seus modelos de imediato. A grande novidade é a forma como as cópias foram sendo reinventadas ao longo do tempo. Numa sociedade consumida pelas marcas, pelos logotipos, apenas o modelo ou a ideia não são mais o bastante para serem copiados. O que o consumidor deseja mesmo é ter o produto com a logomarca aparente, símbolo de bom gosto, de diferenciação, de poder econômico, e também de pertencimento a um mundo de fantasia. Assim, nasce a pirataria contemporânea, com a cópia dos mínimos detalhes: marca, modelo, logo, ferragens e até, ironicamente, certificado de autenticidade. (SALES, p. 03).

Segundo a *International Anticounterfeiting Coalition*, uma coligação internacional que visa combater as falsificações, as perdas advindas da ação dos falsificadores, chega a aproximadamente 600 milhões de dólares ao ano. (IACC)

Um equívoco comum é que a contrafação é um crime sem vítimas. Ela não é. Começando com as grandes corporações no topo, escorrendo para os trabalhadores de baixos salários que muitas vezes trabalham em condições análogas à escravidão, e terminando com os consumidores de produtos falsificados, a falsificação tem inúmeras vítimas. (JIMENEZ e KOLSUN, 2010, p. 110).

As pessoas que compram produtos falsificados muitas vezes não percebem os danos que estão associados a esta compra.

A partir do ponto de vista do proprietário da propriedade industrial, o dano óbvio advindo da contrafação é a perda de vendas. Em primeiro lugar, as pessoas que inocentemente compram produtos falsificados acreditando serem autênticos, mas simplesmente de má qualidade, acarretando reservas sobre a compra destes produtos no futuro. Portanto, o proprietário da marca é prejudicado não só pelo fato de que o consumidor pode optar por não adquirir um produto não original, mas também pelo fato de que o consumidor pode optar por não comprar itens originais no futuro.

As cópias derrubam a reputação da marca, como preceitua julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em ação proposta por LOUIS VUITTON DISTRIBUIÇÃO LTDA E OUTRO em face de CALIENTE COMÉRCIO DE MODAS LTDA E OUTRO, em razão desta ter contrafeito produtos da autora que pleiteava a busca e apreensão dos produtos, obrigação de não fazer, para que os produtos não fossem colocados à venda, bem como a fixação de danos materiais e morais. A relatora afirmou que,

[...] é notória a enorme extensão que a prática de contrafação assumiu em nosso País, principalmente no segmento de mercado sob análise. Esse panorama fático injusto e pernicioso não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário, sob pena de não se cumprir, nesse campo, a almejada pacificação social, representada pela ética e lealdade de concorrência que devem informar as práticas. De fato, aquele que estaria disposto a comprar, por uma soma considerável, produto exclusivo, elaborado pelo titular da marca em atenção a diversos padrões de qualidade, durabilidade e segurança, não mais o faria se tal produto fosse vulgarizado por meio de uma falsificação generalizada. Conclui-se, assim, que a falsificação, por si só, provoca substancial redução no faturamento a ser obtido com a venda do produto distinguido pela marca registrada, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos materiais.

Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.

- Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão-somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação Comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.

- A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à Imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência [sic], a reparação por danos morais.

Os consumidores também perdem quando compram produtos não originais. A falsificação é bem sucedida porque os falsificadores encontram maneiras de tomar atalhos na fabricação. Isso representa uma ameaça substancial à saúde e segurança dos consumidores, muitas vezes, trabalham com matérias-primas abaixo dos padrões de qualidade.

Um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo em ação proposta pelas empresas ADIDAS AG, ADIDAS INTERNATIONAL MARKETING B.V. e REEBOK INTERNATIONAL LIMITED em desfavor de LIANGCUI WU ME E OUTROS, demonstra os danos que podem ser causados aos consumidores, e inevitavelmente ao criador. A ação diz respeito ao fato da parte requerida estar comercializando produtos esportivos falsificados pertencentes às marcas requerentes, confeccionados com produtos de baixa qualidade, podendo ocasionar, no caso dos tênis, malefícios para a saúde no momento da prática de exercícios físicos, pois é necessária uma produção criteriosa para garantir o amortecimento e pisadas corretos. Eis a ementa:

MARCA. Abstenção de uso. **Produtos com marcas famosas (“ADIDAS” e “REEBOK”) alvos de pirataria com cópias de qualidade inferior e acabamento fora dos padrões – Contrafação que se constata pela comparação dos produtos apreendidos, dispensado produção de prova pericial para esse fim – Necessidade de tutelar a propriedade industrial de maneira ampla, protegendo o fabricante que testemunha o aproveitamento parasitário de seu trabalho e investimento, mediante derrame de imitações baratas que deterioram a imagem do produto copiado.** Cabimento do dano moral, na forma do arts. 5º, V e X, da CF e 209 da Lei n.º 9.279/96. Sentença de improcedência. Provento, em parte, do

recurso das autoras, relativamente ao corréu Marcelo, para determinar a abstenção do uso das marcas, condenando ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 6.000,00, sendo descabida a indenização por danos materiais, já que não demonstrados os alegados prejuízos. VOTO N.º 23320, APELAÇÃO N.º: 0102807-46.2010.8.26.0100, SÃO PAULO, APELANTE [S]: ADIDAS AG E OUTROS, APELADO [A/S]: LIANGCUI WU ME E OUTROS, JUIZ PROLATOR: OLAVO DE OLIVEIRA NETO. Grifo nosso.

Apesar dos malefícios das cópias parecerem indiscutíveis, existem teorias que afirmam que elas não são apenas ruins, tem também sua face benéfica, contribuindo para a renovação do ciclo da moda e para o status das grandes marcas. A moda pauta-se nas mudanças, ou seja, é necessário que o que está na moda atualmente deixe de ser, para que novas tendências possam ser lançadas.

Para que possamos falar de "moda", não basta que ocorra uma mudança de raro em raro. A moda só se configura quando a mudança é buscada por si mesma, e ocorre de maneira relativamente frequente. (SVENDSEN, 2010, p. 23).

Assim, duas teorias são utilizadas para explicar como as cópias podem equilibrar a moda apesar da baixa proteção jurídica.

[...] defendemos que a falta de proteção de design em moda não é especialmente prejudicial para os inovadores de moda, e, portanto, eles não são incentivados a mudar. Na verdade, afirmamos que este sistema de baixa proteção pode, paradoxalmente, servir os interesses da indústria melhor do que um sistema de alta proteção. (RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2006, p. 1718).

A primeira diz respeito à "obsolescência induzida" que se pauta no status que a roupa pode conferir. A maioria das formas de vestuário funciona como "bens posicionais", ou seja, bens cujo valor está intimamente ligado à percepção de que eles são valorizados por outros.

A posicionalidade de um determinado bem possui duas vertentes: a sua conveniência pode subir quando poucos o possuem, mas posteriormente decai de acordo o número de pessoas que adquirem. Nada sobre o produto mudou, exceto por sua capacidade de separar seu adquirente da multidão.

Este processo de difusão que conduz à dissipação de valor social ocorre devido à difusão de cópias baratas, cópias inferiores diminuem o interesse do público adepto aos originais, pois tiram o requinte da peça, sendo necessário um produto novo para se tornar moda. E este processo só se repete.

Assim, a ausência de proteção explícita para projetos criativos de moda acelera a difusão e induz a obsolescência mais rápida. O ciclo da moda é impulsionado mais rápido, pois a cópia corrói as qualidades posicionais de artigos de moda, e os *designers*, respondem a esta obsolescência com novos projetos.

A natureza da moda é produzir signos eficazes que pouco depois se tornam signos ineficazes. Seu princípio é criar uma velocidade constantemente crescente, fazer um objeto se tornar supérfluo o mais rapidamente possível de modo a dar lugar a um novo. (SVENDSEN, 2010, p. 150).

Em suma, a pirataria, paradoxalmente, beneficia os *designers* através da indução de uma troca mais rápida e vendas adicionais.

A segunda teoria é chamada “ancoragem”, está relacionada com o argumento de que, se a indústria da moda consegue manter um ciclo de obsolescência induzida pela introdução de um ou mais estilos novos a cada temporada, deve de alguma forma garantir que os consumidores entendam quando os estilos mudaram. As tendências têm de ser comunicadas. Assim, o grande número de cópias comunicaria que determinado produto já está deixando de ser moda. Ao fazer isso, a cópia ajuda a criar e acelerar tendências.

Assim, apesar dos efeitos maléficos que as cópias podem ocasionar à sociedade, o efeito paradoxal, consiste no desenvolvimento de novas tendências e que estas se difundam e se dissipem rapidamente. Essas duas teorias ajudam a explicar por que o regime de baixa proteção da propriedade industrial na moda tem sido politicamente estável. Não se pode afirmar, contudo, que o regime atual é ideal para os *designers* de moda ou para os consumidores. A indústria da moda também pode prosperar em um ambiente de alta proteção, análogas às oferecidas a outras indústrias criativas. É improvável que o ciclo de moda deixasse de existir sob um regime de alta proteção legal. Em outras palavras, o regime legal existente provavelmente tem algum efeito causal sobre a estrutura de inovação na indústria da moda, mas não um efeito avassalador, afinal, a indústria mundial só tem prosperado.

4.4 O LIMITE TÊNUE ENTRE A INSPIRAÇÃO E A CÓPIA

Sob esta perspectiva da moda, não é difícil que dois ou mais *designers*, numa mesma temporada, lancem coleções com as mesmas referências, ou até mesmo que peças similares.

Existem vários fatores que colaboram para que isso ocorra. Um exemplo pode ser o contexto político, visto que uma tendência surge a partir da vivência social. Outro ponto de influência é a consciência de que a próxima moda será oposta à anterior, assim, é possível que elementos idênticos ou de uma mesma referência façam parte de várias coleções ao mesmo tempo por conta do inconsciente coletivo determinado pelos fatores acima expostos.

Entretanto, tais situações não podem ser confundidas com a banalização das cópias. Os consumidores, muitas vezes são expostos a cópias, adquirem algo sem a consciência de se trata de uma imitação.

Este limite entre a inspiração e a cópia ainda é muito controverso, muitos afirmam que não é possível distinguir este limite quando o assunto é moda, enquanto outros afirmam que este limite pode ser encontrado na intenção de se fazer passar pelo produto original.

É normal referências a épocas passadas, após sucesso e repercussão, ou então quando do surgimento de um novo estilo e outras silhuetas, novo comprimentos de saias, trajes femininos com referências masculinas, entre outros. Isto não é a mesma coisa que copiar a partir de uma versão original do modelo (BUFREM, 2011, p. 25). Muitas “cópias” não são similares, mas sim roupas novas com elementos trazidos do

original, remodelando-os em um trabalho derivado, podendo ser considerada uma inspiração.

Como exemplo, pode-se citar o caso da bolsa “birkin” da marca Hermés que foi reproduzida em outros materiais pela marca brasileira 284, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu tratar-se de uma cópia, uma afronta ao direito da marca que produz a original. No julgado foram utilizados os seguintes argumentos:

...a bolsa produzida pela autora reconvinde é idêntica à bolsa produzida pela ré reconvinde, diferindo apenas em relação ao material de confecção. A bolsa modelo Birkin elaborada pela ré reconvinde é ícone do alto luxo, situação mantida não somente por seu prestígio, mas também pelo elevado preço e pela dificuldade de aquisição imediata. É um bem de consumo para poucas privilegiadas, que reflete um design criativo de sucesso e anos de investimento na divulgação da bolsa e em seu posicionamento estratégico de mercado. A autora reconvinde, sem nenhum esforço de originalidade, auferiu rendimentos à custa do desempenho alheio, ao produzir bolsa idêntica à prestigiada Birkin. E não apenas o enriquecimento sem causa deve ser vedado pelo direito. Há na hipótese possibilidade de efetiva lesão à ré reconvinde. A existência no mercado de réplica de sua prestigiada bolsa, comercializada pela autora reconvinde, diferenciada apenas pelo material de confecção empregado, por certo poderá trazer danos à ré reconvinde, causando confusão entre os produtos postos no comércio e prejudicando a reputação desta. Ao copiar um design criativo distintivo e fazer referências à bolsa “Birkin” original, beneficia-se a autora reconvinde do design e dos investimentos feito pela ré reconvinde na divulgação da bolsa, e prejudica-se a reputação da ré reconvinde de fornecer um produto exclusivo, voltado para um segmento de mercado altamente especializado. A diluição da imagem do produto da ré reconvinde por certo lhe causa danos, pois quem o adquire o faz não somente pela beleza, mas também pela exclusividade. (TJSP – processo n. 583.00.2010.187707-5).

Assim, não é possível saber com exatidão o limite entre cópia e inspiração, mas é possível afirmar que estes conflitos entre cópia e inspiração surgem da constatação de que a moda trabalha com o cotidiano, ninguém parte do zero, nada é novo.

Contudo, o mercado da moda deve procurar se inspirar naquele tão desejado e criar algo diferente a fim de que os produtos evoluam e não sejam sempre cópias. É necessário respeitar o direito de quem criou, mesmo com a baixa proteção jurídica conferida ao setor, que ainda não possui legislação própria, a partir da ideia de que para desenvolver determinado projeto foram necessários esforço, criatividade, dispêndio de recursos financeiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se, por meio deste artigo, conhecer as questões relacionadas com a proteção jurídica dispendida à indústria da moda, principalmente quando o assunto é a cópia de um *design* desenvolvido por determinada marca e é apropriada por outra como se sua fosse. Outro ponto que mereceu destaque ao longo desta pesquisa foi o questionamento de como a indústria da moda consegue se desenvolver em um ambiente sem proteção jurídica explícita, em que seus produtos são livremente copiados,

o questionamento de como estabelecer o limite entre uma inspiração e uma cópia também teve seu espaço.

Sabe-se, por exemplo, que durante séculos o Brasil viveu à beira da indústria da moda internacional. O consumidor reproduzia os europeus e americanos. Apenas no início do século XXI, a indústria da moda brasileira passou a ser notada no cenário internacional. Apesar do grande espaço aferido no cenário mundial a lei de propriedade industrial brasileira não protege explicitamente desenhos de moda.

Nos Estados Unidos, os *designs* de moda não são protegidos por direitos autorais. Na Europa, por outro lado, a moda possui forte proteção, tanto sob o âmbito do direito autoral, como do desenho industrial. O Brasil, por sua vez, possui um sistema intermediário, no qual um *design* de moda protegido como desenho industrial pode vir a obter proteção autoral através do *trade dress*, se tiver alto nível de esforço criativo, forte aspecto artístico e formar a identidade de certa empresa. No entanto, a pesquisa mostrou que mesmo assim a indústria brasileira apenas se desenvolve, e que o sistema jurídico não afeta significativamente o desenvolvimento do setor.

As cópias, a partir do ponto de vista do proprietário da propriedade industrial, gera danos como a perda de vendas. As pessoas podem inocentemente comprar produtos falsificados acreditando serem autênticos, mas simplesmente de má qualidade, acarretando reservas sobre a compra destes produtos no futuro. Os consumidores também podem ser prejudicados com produtos de má qualidade, sem controle pelos órgãos competentes e a economia pode ser afetada.

Contudo, as premissas lançadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que as cópias não são apenas ruins, podem ter seu lado bom, contribuindo para a renovação do ciclo da moda e para o *status* das grandes marcas. A moda pauta-se nas mudanças, ou seja, é necessário que o que está na moda atualmente deixe de ser, para que novas tendências possam ser lançadas. Este é um forte argumento que este sistema de baixa proteção pode, paradoxalmente, servir os interesses da indústria melhor do que um sistema de alta proteção.

A mudança constante característica da moda e o limite tênue entre a inspiração e a cópia é um fator que dificulta distinguir o copiado do copiado. Este limite ainda é muito controverso, mas pode ser encontrado na intenção de se fazer passar pelo produto original.

Por outro lado, o licenciamento dos produtos aumenta significativamente as vendas e a diminuição da pirataria, afirmando, conseqüentemente a necessidade de um sistema jurídico com maior proteção.

Apesar da percepção de que a indústria da moda é baseada apenas em inspirações e tendências, a lei de propriedade industrial desempenha um papel vital neste setor competitivo e rentável, podendo garantir a exclusividade de desenhos de moda (a marca, patente, desenho industrial, *trade dress*).

Os tribunais brasileiros, em especial os do estado de São Paulo e Rio de Janeiro mostram atuação no sentido de proteger os direitos dos criadores de moda. A doutrina, apesar de ser escassa, está buscando um entendimento quanto a melhor forma de proteger o *design* de moda sem limitar o trabalho criativo. Uma proteção forte, apesar

de não ter grande influência no mercado da moda, atrelada a educação ocasionaria um avanço social e diminuiria a venda de produtos piratas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Ludmila, CARVALHO, Carla Gavilan. **O luxo da cópia: notas sobre reinvenção do consumo e pirataria de marcas famosas**. Ceará: VII Colóquio de moda, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 9.279**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: «<http://www.planalto.gov.br>». Acessado em: 10.10.2012.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. RECURSO ESPECIAL Nº 466.761 - RJ (2002/0104945-0). MINISTRA NANCY ANDRIGHI. LOUIS VUITTON DISTRIBUIÇÃO LTDA E OUTRO X CALIENTE COMÉRCIO DE MODAS LTDA E OUTRO.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. VOTO N.º 23320, APELAÇÃO Nº: 0102807-46.2010.8.26.0100, SÃO PAULO, APELANTE [S]: ADIDAS AG E OUTROS, APELADO [A/S]: LIANGCUI WU ME E OUTROS, JUIZ PROLATOR: OLAVO DE OLIVEIRA NETO.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação nº 0144815-72.2009.8.26.0100 - São Paulo - Voto nº 24071 – AP, DANIEL ANTONIO DE FARIA – ME vs GRANDENE S.A.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Embargos de Declaração nº 0130967-18.2009.8.26.0100/50000, São Paulo, Voto nº:17.699: GRENDENE S/A vs DANIEL ANTONIO DE FARIA – FIRMA INDIVIDUAL.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Processo n. 583.00.2010.187707-5/TJSP.

BUFREM, Julia Bortolotte. **Cópias e o Inconsciente Coletivo na Moda – Fashion Law**. 2011. Disponível em: <http://solteagravata.com/2011/12/06/fashion-law-copias-e-o-inconsciente-coletivo-na-moda/>. Acessado em: 20.10.2012.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A PIRATARIA E DELITOS CONTRA PROPRIEDADE INTELECTUAL (CNCP). **Apreendidos R\$ 4,8 milhões em mercadorias falsificadas em São Paulo**. Blog do Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/conselho-nacional-de-combate-a-pirataria-e-delitos-contra-propriedade-intelectual-cncp/>. Acessado em: 30.08.2012.

FASHION LAW BRASIL. Disponível em: <http://www.fashionlawbrasil.com.br/>. Acessado em: 12.09.2012.

FRANÇA. **Convenção da União de Paris**. 1883. Disponível em: http://www.marcasepatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/10/Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20Uni%C3%A3o%20de%20Paris.pdf. Acessado em: 22.08.2012.

IACC. **Coligação Internacional Anti Contrafação**. Disponível em: <https://www.iacc.org/about-counterfeiting/>. Acessado em: 01.11.2012.

IBOPE. **Moda deve movimentar R\$ 136 bilhões em 2011**. Disponível em: http://www4.ibope.com.br/download/110204_Release_Pyxis_Vestu%C3%A1rio.pdf. Acessado em: 25.08.2012.

INPI. **Moda começa a pensar em proteção de design**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/noticias/moda-comeca-a-pensar-em-protacao-de-design/?searchterm=moda>. Acessado em: 10.06.2012.

JIMENEZ, Guillermo C., KOLSUN, Barbara. **Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys**. New York: Fairchild Books, 2010.

KAWAY, Mina. **An overview of fashion law in the United States and Brazil**, 2012. Disponível em: <http://bhbaipblog.wordpress.com/2012/11/05/an-overview-of-fashion-law-in-the-united-states-and-brazil/>. Acessado em 26.01.2013.

Tá copiando o quê? As cópias sob a ótica do direito da moda, 2012. Disponível em: <http://www.fashionlawnotes.com/2012/03/ta-copiando-o-que-as-copias-sob-otica.html>. Acessado em: 30.01.13.

OMPI. **Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO)**. Disponível em: <http://www.wipo.int/enforcement/en/faq/counterfeiting/faq01.html>. Acessado em: 04.12.2012.

PLETSCH, Laura Wolff. **Desenho Industrial: Possibilidade de Dupla Proteção**. 2009. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/laura_pletsch.pdf. Acessado em: 18.02.2013.

PORTILHO, Deborah. **Trade Dress: identidade visual sob proteção da propriedade intelectual**, 2008. Disponível em: <http://www.dmark.com.br/noticia/trade-dress-identidade-visual-sob-protacao-da-propriedade-intelectual-581>. Acessado em: 25.01.2013.

RAUSTIALA, Kal, SPRIGMAN, Christopher. **The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation**. Virginia: Virginia Law Review, vol. 92. 2006

The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SALES, Gabriela Maroja Jales de. **Espelho, Espelho Meu: Existe Alguém Mais Bela e Fake do Que Eu?**. Ceará: VIII Colóquio de Moda, 2012.

SCAFIDI, Susan. **Intellectual property and Fashion Design**, in 1 Intellectual Property and Information Wealth 115 (Peter K. Yu., 2006).

SCUDELER, Marcelo Augusto. **Do Direito Das Marcas e da Propriedade Industrial**. Campinas-SP: Servanda, 2013.

SVENDSEN, Lars. **Moda - Uma Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010..

A PRIMAZIA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA JURISDICIONAL

Fábio Dias da SILVA¹

RESUMO: O presente trabalho versou da primazia da audiência de conciliação como pressuposto para que se tenha uma entrega da tutela jurisdicional de forma eficaz e satisfativa condizente aos interesses dos jurisdicionados, sempre se atentando ao fato de que devem as partes dizer expressamente acerca da sua realização ou não. Denota-se que o empecilho encontrado não é decorrente das partes em si, mas, sim, do órgão julgador, representado pelo magistrado que, no mais das vezes, não determina a realização da audiência de conciliação em caráter preliminar, deixando-a para momento posterior, ante a apresentação de resposta pelo réu. Pela existência desse obstáculo o jurisdicionado fica de mãos atadas, sendo que é necessário que esse proponha sua demanda perante os Juizados Especiais Cíveis, onde de pronto é agendada a audiência de conciliação. Não obstante essas controvérsias, a audiência preliminar adveio no ordenamento jurídico pátrio para que, em primazia da entrega de uma tutela jurisdicional eficaz, faça com que as partes realizem a autocomposição logo no início dos autos do processo.

Palavras-chave: Conciliação. Autocomposição. Juizados. Primazia.

ABSTRACT: The present work dealt with the primacy of the conciliation hearing as a prerequisite for an effective and satisfactory delivery of judicial protection in accordance with the interests of the courts, always taking into account the fact that the parties must expressly say about its realization or not. It is noted that the impediment encountered is not due to the parties themselves, but rather to the judicial body, represented by the magistrate who, more often than not, does not determine the preliminary conciliation hearing, leaving it for the moment later, before the response of the defendant. Due to the existence of such an obstacle, the jurisdiction is tied, and it is necessary for the latter to bring his case before the Special Civil Courts, where the conciliation hearing is scheduled. Notwithstanding these controversies, the preliminary hearing resulted in the national legal order so that, in the primacy of the delivery of effective judicial protection, cause the parties to self-compose right at the beginning of the proceedings.

Keywords: Conciliation. Autocomposition. Courts. Primacy.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de conciliação ou mediação disciplinada no artigo 334 do Código de Processo Civil compreende no ato designado quando a petição inicial estiver em ordem, ou seja, quando os requisitos e pressupostos para o devido processamento dos autos do processo estiverem presentes será designada audiência de conciliação ou mediação de pronto, sem qualquer outro ato.

¹ Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Processo Civil (NOVO CPC) pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fabiodiasilva@gmail.com.

Entretanto, quando da interpretação dos dispositivos legais do Código de Processo Civil de 2015, mormente aqueles relacionados à audiência de conciliação ou mediação, os aplicadores da lei, tais como os magistrados, não agendam de pronto a audiência de conciliação ou mediação, postergando seu ato para um momento posterior.

Se o jurisdicionado tiver interesse na realização da audiência de conciliação este terá que assentir no seu agendamento quando da inicial, porém, se o colocar de forma negativa, esta não será realizada, pouco importando a conduta do réu, muito embora não comparecer aos autos.

Desta forma o presente estudo fará uma análise detida da primazia na designação da audiência de conciliação ou mediação, vezes que se o Código de Processo Civil dispõe que a audiência será designada, essa deverá ser respeitada, desde que uma das partes consinta na sua realização e, assim, trará em cheque uma efetividade na jurisdição prestada, vezes que a jurisdição deve atender, sempre, a tutela dos direitos tutelados nos autos do processo

2 AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

A audiência de conciliação veio prevista no ordenamento jurídico pátrio como um meio alternativo de solução de conflitos tendo a figura do conciliador ao invés do juiz para que se possibilite uma tutela de direitos de forma mais amigável do que a existência de uma lide.

A partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, pela redação de seu artigo 334, vislumbra-se que referido ato é obrigatório, desde que no bojo do processo se trate de direitos que admitam a autocomposição.

Nessa proposta do legislador de 2015 já se observa que o seu real interesse é a entrega da jurisdição satisfativa, adequada, com o objetivo de tornar a solução mais célere para o caso concreto e, em caráter principal, fazer com que haja uma solução consensual do conflito sem necessitar de se resguardar do Poder Judiciário.

2.1 Do Impulso à Conciliação

Pelo que se observa no sistema processual civil brasileiro há a presença do impulso oficial como princípio, vezes que por ser a jurisdição inerte, ao ser instaurada, deverá o órgão jurisdicional se movimentar no sentido de entregar uma tutela adequada e satisfatória ao interesse das partes.

Esse princípio veio bem delineado por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 356):

O princípio do impulso processual oficial visa a assegurar a continuidade dos atos procedimentais e seu avanço em direção aos resultados esperados do processo. Embora a jurisdição seja inerte, o processo, uma vez instaurado, pode não ficar à mercê das partes. E é conveniente que assim seja, em virtude do predomínio do interesse público sobre o particular, a exigir que a relação processual, uma vez iniciada, se desenvolva e conclua no mais breve tempo possível, exaurindo-se, dessa maneira, o dever estatal de prestar o serviço jurisdicional.

Ao trazer essas precisas lições ao presente trabalho podemos ter que, tal como disposto no § 2.º do artigo 3.º do Código de Processo Civil, há a presença do impulso à solução consensual dos conflitos a começar pelo Estado, representado pelo juiz nos autos do processo.

Houve, assim, a preocupação do legislador para que houvesse uma disposição amigável, mesmo com a existência do conflito de interesses representado em uma demanda judicial, tratando a conciliação e a mediação como instrumentos hábeis à solução da controvérsia.

As partes, bem como o magistrado, poderão impulsionar o feito para que caminhe à entrega de uma jurisdição menos litigiosa, pautada na conversa e em concessões mútuas, tendo em vista que a autocomposição surge de disposições das partes de parcela de seus direitos e obrigações.

Nesse sentido temos os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 60):

A novidade trazida por este dispositivo consiste justamente em se abrirem portas para que o próprio magistrado (assim como advogados, defensores e membros do Ministério Público) incentive as partes, tendo em vista as peculiaridades do caso, a tentar a **resolução do conflito** pela **mediação** ou pela **conciliação**. Fazendo a própria lei referência expressa a este dever do juiz, fica definitivamente afastada a opinião no sentido de que incentivar as partes a optar por outro caminho que não o da Jurisdição Estatal seria denegar a justiça.

Por esse prisma se observa que o legislador de 2015 fez com que se adotasse um sistema para que todos os sujeitos do processo pudessem dispor consensualmente sobre os direitos tratados no caso em concreto, incentivando-se as partes a solucionarem o caso de forma amigável.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 273-274) preconiza que como há o incentivo da autocomposição pelo CNJ, a partir da Resolução de n.º 125/10; do Poder Legislativo, pelo sistema processual civil de 2015 e; do Poder Executivo, pela instituição de câmaras administrativas de conciliação e pela autocomposição administrativa, houve a idealização do “princípio do estímulo da solução por autocomposição”.

Pelo que se demonstra não houve somente a concretização do estímulo da autocomposição pelo legislador de 2015, como também de todos os poderes, ou seja, todo e qualquer órgão é competente e deve ter como concepção a adoção da solução consensual dos conflitos de interesses.

Ao tratar como um princípio, temos que o impulso à solução consensual dos conflitos e o do estímulo da solução por autocomposição descrevem condutas a serem concretizadas pelos sujeitos do processo.

De forma didática Humberto Ávila (2015, p. 161) ensina que os princípios “[...] instituem o *dever* de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas. O essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é *devido*.”

Com essa lição temos que o princípio do estímulo da solução por autocomposição é um dever imposto pelo próprio ordenamento jurídico pátrio ao estabelecer parâmetros acerca da busca para uma solução consensual dos conflitos, seja por impulso do próprio órgão julgador, seja pelas partes.

E da adoção pelos sujeitos do processo de um impulso a se realizar uma conciliação e/ou mediação, evidencia o caráter finalístico do princípio descrito, que é a adoção de uma solução exitosa e menos conflituosa ao conflito de interesses do jurisdicionado, de uma maneira em que se tenha menos intervenção do Poder Judiciário e de seus agentes.

Assim sendo, devemos ter em mente que a conciliação, e a mediação, foram e são tratadas expressamente pelos poderes da República Federativa do Brasil e, com a criação desse princípio, deve esse ser adotado visando uma integração amigável entre as partes.

2.2 Requisitos para sua Realização

Ao se tomar por base o artigo 334 do Código de Processo Civil temos os pressupostos pelos quais a audiência de conciliação será realizada:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Da dicção do referido artigo já se constata que a audiência de conciliação ou mediação será realizada, obrigatoriamente, quando preencher os requisitos essenciais da petição inicial e quando não for caso de improcedência liminar do pedido.

Por requisitos essenciais da petição inicial, dispostos no artigo 319 do Código de Processo Civil, temos que são aqueles indispensáveis e necessários para que se tenha uma mínima possibilidade de que o intento do jurisdicionado seja apreciado frente ao Poder Judiciário.

Dentre os quais temos a indicação do juízo a que é dirigido, para que se tenha a delimitação dos limites da competência; qualificação civil do autor e do réu, se possível; delimitação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido; a existência de um pedido certo, possível, determinado ou determinável; a indicação do valor da causa; as provas que o autor pretende produzir para corroborar suas alegações; e por fim a opção do autor pela realização da audiência de conciliação ou mediação.

Na mesma esfera de pensamento, quando o legislador de 2015 estabeleceu “e não for o caso de improcedência liminar do pedido” nada mais fez do que trazer o sistema de precedentes como uma forma de que não haja demandas que já foram decididas pelos tribunais superiores.

Pela demonstração acima temos que a indicação da possibilidade de realização da audiência de conciliação ou mediação na petição inicial é o primeiro momento em que o autor tem para demonstrar esse interesse, sendo que se confirmar sua vontade esta será formalizada, e que somente não terá seu efetivo agendamento, e

consequente realização, caso o réu e também o autor da demanda, salientarem expressamente de maneira negativa.

No sentido de que somente não será realizada se ambas as partes disserem de forma expressa o “não” temos, por exemplo, o defendido por diversos doutrinadores, tais como Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 599), Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 969), e Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 356).

De modo contrário, José Miguel Garcia Medina (2017, p. 599-600) aduz que forçar a realização da audiência de conciliação violaria os princípios da autonomia da vontade das partes, sendo que as partes podem dispor do que entenderem e da isonomia, onde o autor vai expor suas alegações na exordial enquanto o réu nem ao menos apresentou resposta, estando em posição de vulnerabilidade negocial, e outro motivo pelo qual a obrigatoriedade cai por terra é que antes mesmo do intento jurisdicional o autor já tentou solucionar o conflito, sendo utilizado como ultima opção o ajuizamento da demanda e com a sua designação violará o direito a um processo sem dilações indevidas.

Com o respeito que lhes é devido, discorda-se da posição adotada pelo legislador e da doutrina citada sobre a realização, de qualquer maneira, de audiência de conciliação, uma vez que deve ser respeitado, a princípio, a autonomia de vontade e a isonomia, além do fato de que se o intento jurisdicional foi necessário, vislumbrando-se o interesse de agir da parte, não há que se falar em atendimento forçado do comando legal para a designação do referido ato.

Salta aos olhos que basta que uma das partes já diga “não” à audiência de conciliação que já a inviabiliza, até pelo fato de que, se for realizada de modo forçado, uma das partes já estará pré disposta a não conciliar e, assim, fará com que a audiência seja infrutífera e tenha no processo um ato processual inócuo, gerando atrasos na entrega da tutela jurisdicional.

Por esses parâmetros, a afirmação ou negação quanto à sua realização é requisito indispensável para que se tenha o real objetivo da audiência de conciliação ou mediação, que é a solução consensual do conflito de interesses de uma maneira em que ambas as partes estejam de acordo com suas concessões.

Do mesmo modo temos que o legislador impôs uma limitação quanto a sua não realização, que nada mais é do que evitar que demandas protelatórias ou fadadas ao insucesso, seja pela existência de vícios de direito material ou processual incapazes de serem sanados ou pela existência de entendimento sedimentado pelas Cortes Superiores, os denominados precedentes.

Outro pressuposto para a realização da audiência de conciliação ou mediação se dá quanto à existência de direitos que admitam autocomposição, ressalvando que pode se ter direitos indisponíveis que é plenamente possível sua composição.

Observa-se novamente o interesse do legislador de 2015 em ampliar a gama de direitos que podem ser objeto de uma audiência de conciliação ou mediação, de tal sorte que ao se ter a autocomposição como limitadora de sua idealização nada mais faz

do que ter uma amplitude dessa audiência, tendo em vista que é um termo mais abrangente do que os direitos disponíveis.

Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 353) assim ensina sobre a autocomposição:

A **autocomposição** deve ser entendida como o conjunto de técnicas por intermédio das quais as partes podem atingir a solução da controvérsia entre si estabelecida sem que exista a prolação de uma decisão judicial de acertamento de direitos. Em outras palavras, as partes, por intermédio da **autocomposição**, chegam à solução do problema que mantêm entre si em virtude de consenso que estabelecem a respeito, fazendo-o por intermédio da conciliação, da mediação ou mesmo da negociação direta.

Pela autocomposição as partes terão uma possibilidade de negociar entre si, de modo consensual, para pôr fim no conflito de interesses, de um modo que para a grande maioria de direitos se vislumbra a possibilidade de solucionar consensualmente sobre suas disposições.

Ressalta-se que a existência de direitos que admitem a autocomposição engloba até os direitos indisponíveis que, muito embora não possa se dispor dos seus objetivos e prerrogativas poderá se estabelecer o modo pelo qual será exercido referido direito.

A parte que detém do direito indisponível não abrirá mão desse direito, mas, sim, determinará, através da autocomposição, o modo como esse direito será exercido, de uma forma que o direito em si estará resguardado e, de outro lado, os seus efeitos e decorrências da sua fruição.

Desta forma, podemos consignar que os pressupostos para a realização da audiência de conciliação são necessários para que se tenha o andamento normal de um procedimento jurisdicional, sendo que é preciso que se tenha um processo válido para que a entrega da jurisdição seja de uma forma satisfatória e adequada no meio consensual.

3 A PRIMAZIA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA JURISDICIONAL

Por primazia da audiência de conciliação temos que essa deve ser realizada em primeiro plano, caso tenha o requerimento do Autor, vezes que esse, se mesmo ajuizando a demanda competente tem no interesse em uma solução consensual, esse deve ser resguardado.

No mesmo trilho, vislumbra-se que referida primazia é reflexo de resguardo à eficácia jurisdicional, tendo em vista que se exitosa a audiência de conciliação terá uma satisfação das partes, detentora do direito de ação e do direito material, para com a solução dada ao caso concreto.

Desta forma, caminham lado a lado tanto a conciliação/mediação, compreendida no método da autocomposição, como a eficácia na prestação jurisdicional, vezes que conciliará os interesses das partes de forma adequada e rápida.

3.1 Da Necessidade da Mudança de Pensamento Sobre a Autocomposição

Para que tenhamos uma eficácia procedimental, como também para que se tenha um êxito na conciliação e/ou mediação realizada, é necessário que se faça uma mudança de pensamento sobre o que é a autocomposição, a se iniciar pelo próprio estudo do Direito nas Faculdades de Direito.

Denise Terezinha Correa Melo Kruger (2018) preconiza que há uma necessidade de conscientização tanto dos estudantes de Direito, acerca da importância da realização das audiências de mediação e conciliação, quanto da exigência de uma mudança de mentalidade da advocacia, vezes que essa área defende que a conciliação e mediação acabaria ou traria prejuízo à advocacia, porém, devem os advogados ter em mente de que seus os benefícios de sua intervenção na autocomposição são de tamanha grandeza que, ao realizar a solução consensual do conflito de forma rápida fará com que se receba mais rápido seus honorários advocatícios e, também, o cliente saia satisfeito.

A partir dessa concepção temos que a mudança para que se tenha um êxito na conciliação e/ou mediação vem originária da graduação dos futuros advogados, ou seja, aqueles tem que ter uma prática adequada quanto às técnicas de autocomposição adotadas quando da sua atuação como advogado, sob pena de criar desde os estudos do Direito um vício que se tornará insanável, se não ensinado de forma correta.

Os futuros advogados devem ter em mente de que a autocomposição, a partir dos mecanismos necessários, é necessária para o correto andamento dos autos do processo, tendo em vista que uma vez realizada fará com que os clientes tenham resguardados seus direitos, seja de questão material quanto processual.

No mesmo ponto, há uma necessidade, não só da mudança da prática dos cursos de direito como também da mentalidade dos advogados que, no mais das vezes, trazem obstáculos à realização da autocomposição, mesmo que as partes assim tenham interesse.

Para os advogados a questão é mais profunda, vezes que nem sempre o advogado está propenso a realizar uma audiência de conciliação e/ou mediação em valor a menor do que o valor dado à causa, ou até o que se espera, sendo que normalmente os honorários advocatícios, em demandas de êxito, sem quantificação expressa quando da sua propositura, é dado em um percentual do que o magistrado julgará, com seu trânsito em julgado.

Pelas observações expostas, como também de suas constatações, é certo que a mudança de pensamento é necessária para todo e qualquer fim, tendo em vista que para a busca de uma eficácia procedimental, como também para que a atividade jurisdicional seja prestada de uma forma correta e adequada aos interesses dos jurisdicionados é crucial que a mudança advenha do início, ou seja, do estudo do Direito em si, nas faculdades e, também, pela conscientização dos advogados atuantes sobre a real importância da autocomposição.

A mudança, e conseqüente necessidade de se inteirar dos benefícios da autocomposição, é devida não somente aos advogados, mas também a todo e qualquer profissional de direito, como os Promotores de Justiça, Procuradores, vezes que a

Magistratura em si adota como imposição legal a necessidade de promoção da autocomposição por esses agentes.

Desta forma, quando se adotar uma conscientização tanto dos profissionais do direito, quanto de seus estudantes, aqueles que estarão em futuro próximo nos fóruns e Centros de Conciliação e Mediação, da real necessidade e utilidade da autocomposição para as demandas, se vislumbrará um avanço no princípio supra descrito, que é da conciliação e mediação.

3.2 A Relevância da Opção da Parte e a Eficácia Jurisdicional

Muito embora seja defendido pela doutrina majoritária e disciplinado no *caput* do artigo 334 que aludida audiência de conciliação será realizada de forma obrigatória, temos que a praxe forense não caminha nesse sentido, ainda mais que é um poder do juiz promover a autocomposição a qualquer tempo, e não necessariamente que se designará esse ato no bojo do despacho inicial.

Referido entendimento acerca da não obrigatoriedade vem demonstrado nos julgados abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Rescisão contratual cumulada com reintegração posse. Cumprimento de sentença. Agravantes que rediscutem matéria já aventada durante o processo de conhecimento. **Audiência de conciliação. Não obrigatoriedade.** Sentença proferida sob a égide do CPC/1973. Inadimplemento incontroverso dos agravantes. Direito constitucional à moradia que não se sobrepõe. Decisão que bem rejeitou a impugnação apresentada. Recurso improvido. (TJSP, Agravo de Instrumento de n.º 2061279-26.2018.8.26.0000, Des. Rel. Nilton Santos Oliveira, 3.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10.07.2018) (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. **DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. DESINTERESSE DE UMA DAS PARTES.** NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70076501121, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarpato, Julgado em 22/03/2018) (grifei)

Pela jurisprudência destacada, a audiência de conciliação não será realizada por inexistir obrigatoriedade, deixando de lado a concepção legal de que esse ato deve necessariamente existir, ainda mais em se tratando de uma política imposta pelo texto de lei de solução consensual de conflitos.

Por esse prisma, o jurisdicionado que tem o interesse em que seja realizada uma audiência de conciliação com o viés de tentar uma última oportunidade para que se solucione o caso consensualmente fica de mãos atadas ao interesse do magistrado no seu julgamento de ser ou não oportuna.

Mesmo que o juiz tenha o poder específico de promover a autocomposição é certo que deve ser levado em conta o interesse do jurisdicionado em que seja promovida referida audiência de conciliação, vezes que se esse acenar positivamente na sua realização cabe guardar o réu dizer se concorda ou não com essa possibilidade.

Destaca-se que não se estará forçando o réu a conciliar, mas, sim, para que ambas as partes possam ter uma nova oportunidade de conversarem entre si, sob a presença e auxílio de um conciliador, visando à obtenção de uma solução amigável do seu conflito de interesses.

Não se discute a possibilidade de que a audiência de conciliação possa ser realizada a qualquer momento, mas que essa seja promovida logo no início do processo, visualizando a economia e a celeridade na prestação da atividade jurisdicional ao indivíduo.

Pela latente necessidade de uma solução consensual de seu conflito de interesses, o jurisdicionado, no mais das vezes, se recorre dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista que esse juízo designa referida audiência logo no bojo do início dos autos do processo, sem que seja aguardada a boa vontade do magistrado em designá-la ou não.

E ao forçar o jurisdicionado a se resguardar da jurisdição das pequenas causas, mesmo que tenha a oportunidade de escolher entre a justiça comum e os juizados, fere a norma fundamental da adequação e obstaculiza o acesso à justiça, quando o jurisdicionado não pode propor uma demanda em razão de ato do magistrado da Justiça Comum.

O que merece destaque é que o jurisdicionado tem a possibilidade de, mesmo sendo uma causa dentro do limite de competência dos Juizados Especiais Cíveis, ajuizar sua demanda perante a Justiça Comum, porém, nessa última ele não tem a oportunidade de que seja designada audiência de conciliação *prima facie*.

Salta aos olhos que o interesse do jurisdicionado deve ser levado em consideração, ainda mais em casos em que é realizado o pedido de audiência de conciliação, haja vista que a necessidade de se obter a solução consensual do conflito de interesses é um dos princípios inerentes à jurisdição.

Consoante o disposto nas normas fundamentais de processo civil, assim aquelas tidas como parâmetro de interpretação e aplicabilidade do Código de Processo Civil de 2015, é possível consignar que as partes cabem cooperarem entre si, vislumbrando a entrega de um provimento jurisdicional adequado e satisfativo.

Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 881) defende:

[...] A conciliação é exitosa quando há uma concessão recíproca, terminando com a transação das partes, ou quando um dos litigantes se convence que a outra parte tem razão, vindo a desistir da ação, reconhecer a procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção ou a renunciar a pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Por meio dessas concessões recíprocas, uma vez que o autor já expressou a possibilidade na exordial, vislumbra-se que o magistrado tem de voltar os olhos para que seja obtida uma autocomposição, vezes que o interesse dos jurisdicionados na esfera de seus direitos é a medida a ser adotada.

A primazia se cinge na possibilidade inequívoca de que se terá, a qualquer custo, uma tentativa de conciliação para, depois, caso infrutífera, ajustar as arestas existentes no transcorrer dos autos do processo.

Assim, temos que o interesse do jurisdicionado, aliado ao poder do magistrado de designar audiência de conciliação, deve ser posto em cheque quando se vislumbra uma solução consensual das demandas processuais, sob pena de restringir mais ainda o direito de ação, bem como que a mentalidade e o ensinamento dos futuros e atuais advogados devem caminhar no sentido de conscientização da importância da autocomposição.

3.3 Da Promoção da Autocomposição pelo Magistrado

Em adendo ao defendido alhures denota-se que autocomposição é de tamanha importância que a sua promoção é um dos poderes do magistrado, haja vista que deve proporcionar a solução consensual dos conflitos das partes, ainda mais por ser figura representativa do Estado, pautando-se na norma fundamental de direito processual civil.

Cabe destacar que não somente a audiência de conciliação é ato capaz de proporcionar autocomposição como também a mediação, instrumentos hábeis a trazer um resultado positivo quando se pensa em composição amigável da lide e que devem ser instigadas pelo juiz.

Por ser um dos poderes do juiz a promoção da autocomposição é motivo pelo qual as partes devem procurar e buscar a solução consensual, vezes que se o próprio magistrado poderá estabelecer um meio para solucionar a controvérsia sem que se decorra tanto tempo, nada mais justo do que as partes se ajustarem no sentido de solucionarem entre si, e de modo amigável, a lide.

Esse poder nada mais é do que reflexo do princípio defendido do impulso à conciliação, vezes que todos os sujeitos do processo devem busca-la, principalmente o magistrado.

Nesse diapasão temos a figura do juiz que deverá, como poder e dever, impulsionar a autocomposição, não significando que este quem deverá realizar o ato conciliatório, haja vista que o próprio Código de Processo Civil de 2015 sustenta a necessidade de que o conciliador e o mediador estejam presentes nesse ato.

Cabe destacar o preconizado por Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 597):

A realização da audiência de conciliação ou de mediação por mediadores e conciliadores que façam parte desse centro é positiva porque esses sujeitos são qualificados para tais atos, o mesmo não se podendo dizer dos juízes. Por outro lado, as partes terão menor receio de expor suas razões diante de um sujeito que não julgará seu processo na eventualidade de não ser obtida a solução consensual. E, finalmente, não se poderá acusar o conciliador de pré-julgamento quando opinar sobre soluções ao conflito porque ele não tem competência para julgar o processo.

De toda maneira temos que os conciliadores e os mediadores figuram como sujeitos do processo que são qualificados especificamente para a prática desses atos e, pelo que se demonstra mais evidente, a tentativa de solução de seu caso perante um indivíduo que não detém de poderes para julgar a demanda.

Pode-se chegar à evidente demonstração de que o magistrado somente realizará o ato da conciliação em último caso, haja vista que os conciliadores e mediadores são sujeitos preparados e que devem estar presentes quanto a esse ato processual.

O magistrado, assim, deverá incentivar nos autos do processo a realização de audiência de conciliação, visto deter da jurisdição, porém, deve encaminhar os feitos aos centros judiciários de solução consensual de conflitos, caso existentes, onde serão presididos pelos conciliadores e mediadores.

Entretanto, caso não tenha centros judiciários de solução consensual de conflitos é certo que o magistrado presidirá referida audiência, de tal sorte que o próprio Poder Judiciário, através de suas Escolas, vem trazendo parâmetros de condução e negociação para os magistrados, quando necessária sua intervenção.

Denota-se que a promoção da conciliação pelo juiz não pode leva-lo a suprimir normas fundamentais como também princípios, tais como a tutela adequada e satisfativa a ser dada ao jurisdicionado.

Nesse ponto, um dos ensinamentos trazidos por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 584) se trata de que “[...] deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejudicar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito.”.

O que esse sujeito do processo deve realizar é somente uma análise do caso concreto, visando obter uma solução da lide de acordo com os interesses das partes, vezes que são a esses destinadas a tutela jurisdicional provocada.

Sob esse trilho Fredie Didier Jr. (2015, p. 280) sedimenta:

[...] a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento. **É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais.** Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador. (grifei)

Feitas as advertências da doutrina, a autocomposição deve ser posta sob um viés de que as partes devem realiza-la de livre e espontânea vontade, não fazendo com que essas sejam coagidas a darem fim aos autos de um processo somente pelo fato de que necessita de um provimento célere.

Isso leva a uma prestação precária da jurisdição, uma vez que as partes têm não só o direito, mas o dever de receber uma tutela jurisdicional satisfatória aos seus

interesses abrangidos no processo, não sendo possível serem obrigadas a conciliarem entre si por preciosismo do juiz.

Nessa maneira que o Poder Judiciário deve se atentar, tendo em vista que se os jurisdicionados, um ou outro, alegarem a possibilidade de uma autocomposição devem estes, sem qualquer interferência externa ou processual, disporem sobre sua parcela de direitos, do modo e como lhes interessarem.

É nesse viés que a primazia da conciliação deve caminhar, qual seja, de que as partes tenham interesses mútuos em realizar a autocomposição, como também juntamente com o magistrado possam definir parâmetros para sua idealização, partindo do pressuposto que, em primeiro, a tentativa de conciliação, para depois o correto andamento processual.

Com isso, observamos que o poder do juiz de promover a autocomposição deve guardar estrita relação à entrega de uma tutela jurisdicional satisfativa e adequada e não sendo alvo de constrangimento das partes de se conciliarem.

4 CONCLUSÃO

Por esses destaques é possível concluir que o Código de Processo Civil, ao disciplinar como uma norma fundamental a busca pela autocomposição, e consequentemente a necessidade de cooperação entre os sujeitos processuais à sua busca, trouxe na realidade um princípio que é o do estímulo à autocomposição.

É essencial que se tenha o interesse do jurisdicionado ao realizar a autocomposição, como também que o próprio órgão julgador trará parâmetros para que seja conduzida de uma forma mais correta e concreta, visando o deslinde da problemática de uma forma consensual entre as partes.

Não obstante esse fato é certo que a primazia das audiências de conciliação é necessária para que a própria parte, ao assentir com a realização desse ato processual, deve esta ser designada, sob pena de forçar o jurisdicionado a efetivamente escolher qual jurisdição ajuizará sua demanda, uma vez que nos Juizados Especiais Cíveis sua designação é de pronto, nas demais, não é o que ocorre, aguardando-se nova oportunidade para tanto.

A primazia deve percorrer em conjunto com a cooperação das partes à realização da autocomposição, e da conciliação e/ou mediação, vezes que no mais das vezes encontra-se resistência não da parte, mas, sim, do advogado desta que tenta forçar o andamento processual ao ter como pensamento seus honorários advocatícios.

Esse é o maior empecilho a ser reconhecido quando da concretização das audiências de conciliação e/ou mediação, ou seja, o próprio advogado, ou até o Promotor de Justiça, Procurador, tentam resguardar seu direito ao último, de uma forma que não querem dispor de qualquer maneira de seus direitos, ou até de esfera desses.

Para ultrapassar essa barreira subjetiva dos sujeitos do processo é necessário que se tenha uma mudança na sua mentalidade, a iniciar pelos cursos de Direito, com a preparação de seus estudantes para que visualizem os benefícios da

autocomposição, como também daqueles profissionais atuantes na área, para que tenham um comportamento adequado para buscar essa solução consensual.

Do mesmo modo, o magistrado, como titular da jurisdição, detém do poder em mãos de idealizar a autocomposição, desde que previamente assentida pelas partes, porém, deve remeter os autos à um conciliador ou mediador competente, nos Centros de Conciliação, caso existentes, para que as partes obtenham um maior proveito da autocomposição, e tenham ciência inequívoca de seus benefícios.

Por assim ser, o caminhar da primazia da conciliação guarda estrita e direta relação para com a solução da controvérsia de um modo consensual, como também para que a entrega da tutela jurisdicional seja eficaz, entendendo-se como aquela que tutela o direito material de forma adequada aos interesses do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF 16. mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 mar. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

KRUGER, Denise Terezinha Correa Melo. Momento “Inovação” para um Judiciário cansado. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, v. 281, p. 547-571, jul. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. DESINTERESSE DE UMA DAS PARTES. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. Agravo de Instrumento n.º 70076501121. Agravante: Nauri Francisco Homem. Agravado: Querodiesel Transportes e Comércio de Combustíveis Ltda. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Scarparo. Rio Grande do Sul, DJe 04.04.2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076501121&proxystylesheet=tjrs_index&clien

t=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Rescisão contratual cumulada com reintegração posse. Cumprimento de sentença. Agravantes que rediscutem matéria já aventada durante o processo de conhecimento. Audiência de conciliação. Não obrigatoriedade. Sentença proferida sob a égide do CPC/1973. Inadimplemento incontroverso dos agravantes. Direito constitucional à moradia que não se sobrepõe. Decisão que bem rejeitou a impugnação apresentada. Recurso improvido. Agravo de Instrumento n.º 2061279-26.2018.8.26.0000. Agravante: Caroline Vlah Marques da Cruz e outros. Agravado: Cia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo SP CDHU. Relator: Nilson Santos Oliveira. São Paulo, DJe 10.07.2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11609358&cdForo=0>>. Acesso em: 16 de julho de 2018

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O “CASO SAMARCO”: A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS MINEIRO²

Gabriel Teixeira SANTOS³
Lohan Henrique SILVA⁴
Juliana Piantcoski MARTINS⁵

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, feito nº 1.0105.16.000562-2/004, instaurado pelo Tribunal Estadual de Minas Gerais, atinente ao dano moral decorrente pela interrupção no abastecimento de água decorrente do desastre ecológico – causado pela pelo rompimento da barragem de Fundão - de Mariana (localizada de Bento Rodrigues), sob a ótica da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito Civil. IRDR. Direito Processual Civil. Samarco.

ABSTRACT: The objective of this study was to analyze the Incident of Resolution of Repetitive Claims, done nº 1.0105.16.000562-2/004, established by the State Court of Minas Gerais, related to the moral damage caused by the interruption in the water supply due to the ecological disaster - caused by the rupture of the dam of Fundão - de Mariana (located in Bento Rodrigues), from the point of view of civil liability.

Keywords: Civil Responsibility. Civil right. IRDR. Samarco.

1 INTRODUÇÃO

Inequivocamente, o rompimento da barragem de Fundão e consequente vazamento de lama e detritos/rejeitos de mineração, decorrentes das atividades da mineradora Samarco Mineração S.A., é considerada, pela mídia⁶, a maior tragédia ambiental brasileira, quicá, uma das maiores do mundo.

² Estudos em homenagem ao amigo e ecologista Fábio José dos Santos.

³ Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Civil e Processo no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogado. teixeirawriter@gmail.com

⁴ Bacharel em Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogado civilista e estagiário docente no Escritório de Aplicações e Assuntos Jurídicos no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

⁵ Bacharel em Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Especialista em direito Pena e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminal e estagiária docente no Escritório de Aplicações e Assuntos Jurídicos no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

⁶ Neste sentido noticiaram as grandes mídias tais como o jornal “O Globo” (<https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/maior-desastre-ambiental-do-brasil-tragedia-de-mariana-deixou-19-mortos-20208009>), “O Povo” (<https://www.opovo.com.br/jornal/brasil/2017/11/maior-tragedia-ambiental-do-brasil-completa-dois-anos.html>), “Estadão” (<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,desastre-de-mariana-2-anos-em-busca-da-propria-historia-e-de-reparacao,70002072236>) e o portal eletrônico “Hypeness” (<https://www.hypeness.com.br/2017/11/dois-anos-do-maior-desastre-ambiental-da-historia-do-brasil-quem-paga-a-conta/>), dentre outros, sendo todas as matérias jornalísticas acessadas em 21 nov. 2018, entre 20:45 e 21:00.

Mais de três anos depois, referido acontecimento ainda afeta, diretamente, as famílias daqueles que residem nas regiões afetadas pelo desastre ecológico.

Nesta toada, verifica-se, por via de consequência, o surgimento (e prolongamento) de problemáticas, sejam elas jurídicas e/ou sociais, decorrentes do fato⁷ em questão.

Os Tribunais, assim, restaram soterrados por demandas judiciais, sendo que, em sua grande maioria, discutem a responsabilidade civil da empresa por um sem número de eventos.

Para que referida tarefa hercúlea seja resolvida, principalmente no que diz respeito a falta de água nas residências afetadas, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se valeu de um instrumento trazido pelo atual Código de Processo Civil (previsto entre os artigos 976 e 987, do mesmo) para uniformizar o entendimento sobre os parâmetros a serem observados para o dimensionamento do dano moral e, em especial, sobre como deverá ser fixado o *quantum* indenizatório.

Dentro deste panorama, o trabalho confeccionado buscou examinar a (im)possibilidade de utilização do instrumento processual em questão sob a ótica (quase que) exclusiva da responsabilidade civil.

Com relação ao método, foi empregado o dedutivo e hipotético-dedutivo, caracterizado pela leitura de bibliografia referente ao tema, ensejando o levantamento de dados e a prolação das conclusões ao final trazidas (técnica indireta).

Ademais, o presente trabalho foi dividido em quatro tópicos. O primeiro deles buscou, de forma ampla, trazer a noção de responsabilidade civil que será empregada.

Já o seu sucessor, ainda que brevemente, buscou delinear o instrumento processual em questão, especialmente sob um viés histórico. Já o terceiro realizou a fusão entre os conceitos trazidos e a análise do processo em questão.

Por fim, restaram trazidas as conclusões do trabalho, seguidas pelas referências bibliográficas utilizadas.

2 O IMPACTO AMBIENTAL E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA

No presente tópico, a produção científica se ocupou em abordar, ainda que brevemente, a questão da responsabilidade civil (ou direito de danos ou direito à reparação de danos⁸) decorrente da catástrofe ambiental. É fato que aludida responsabilidade é digna de considerações, ainda que breves⁹.

⁷ Frise-se que a palavra “fato”, nesta oportunidade e ao longo do texto, deve ser analisada sob o ponto de vista – crítico - da teoria tridimensional do direito por meio da ótica do festejado doutrinador Miguel Reale.

⁸ Que, para fins didáticos, serão tratados como sinônimos no trabalho.

⁹ Todavia, maiores considerações sobre esta temática foram realizadas em outra oportunidade, qual seja, SANTOS, Gabriel Teixeira; FERNANDES, Patrícia Pataro Viana. 7x1: ESTUDOS SOBRE A NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL NO WHATSAPP. In: ETIC - Encontro Toledo de Iniciação Científica “Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé”, 14, 2018, Presidente Prudente. **ETIC - Encontro**

Neste diapasão, será tratada a responsabilidade civil em sua concepção doutrinária clássica, qual seja, a presença do trinômio composto por conduta, nexo de causalidade e dano(s).

Trata-se, ainda, de uma indispensável análise fática para que estas balizas sejam verificadas no caso concreto, de modo que, *per se*, haverá variação casuística.

A conduta (omissiva¹⁰), que será examinada, é o próprio rompimento da barragem em questão. É o ato em si, valendo da ideia trazida pela teoria pontiana sobre os fatos jurídicos. Ato ilícito este na pura acepção dos artigos 186 e 187 do Código Civil¹¹. Como bem destacado por FARIAS, ROSENVALD e NETTO (2015, p. 124) “o ato ilícito é um fato jurídico. Os fatos jurídicos são aqueles eventos oriundos da natureza ou da vontade humana, que podem repercutir na órbita jurídica, produzindo diferentes efeitos”.

No mais, de importante relevância – para a futura abordagem sobre a natureza fática da responsabilidade civil - a noção histórica trazida por ALBERGARIA (2005, p. 127)

Os romanos não chegaram a construir uma teoria da responsabilidade civil. Ela foi elaborada a partir dos casos de espécie, decisão de juízes e de pretores, respostas de jurisconsultos, constituições imperiais que os romanistas de todas as épocas, remontando às fontes e pesquisando os fragmentos, tiveram o cuidado de utilizar, extraindo-lhes os princípios e, desta sorte, sistematizando os conceitos.

Por seu turno, o nexo de causalidade deve ser interpretado na acepção trazida por SALOMON¹² (2006, p. 65/66)

A causalidade é um dos pressupostos da responsabilização civil. Assim, inexistindo causalidade, não se constitui o dever de indenizar. Nascido tal dever, há que se perguntar pela extensão do dano e, para isto, também a causalidade será determinante. Em verdade, a causalidade é que dirá quais os danos que serão indenizáveis e quais serão suportados pelo agente por não se relacionarem com o fato.

No suporte fático do dever de indenizar colocam-se, lado a lado, causalidade e imputação, não se confundindo, ainda que atuem sobre uma mesma cadeia de fatos e se voltem à análise de fatos idênticos. Por causalidade entende-se a relação entre um efeito (no caso, o dano) e sua causa, ou seja, o que o tenha gerado. Por sua vez, a imputação é a imposição do dever de indenizar,

Toledo de Iniciação Científica. Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2018.

¹⁰ Como se infere da matéria veiculada pela própria Câmara dos Deputados fazendo apontamentos a respeito das omissões apontadas pelo Parquet no caso em apreço: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/520901-TRAGEDIA-EM-MARIANA-OMISSOES-E-FALHAS-NA-FISCALIZACAO-BLOCO-4.html>. Acesso em 22 nov. 2018.

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹² Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp010474.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

que decorre de uma dada razão jurídica, a qual pode ser a culpa do causador, ou risco por ele produzido, ou uma garantia.

De forma simplória, portanto, é o elo existente entre conduta e dano, sendo este último decorrente da primeira.

Já o derradeiro requisito, o dano¹³, é o que enseja maior controvérsia em sua conceituação. Isto porque recebe tratamento diferenciado pelo teor da relação jurídica extracontratual e extrapatrimonial em questão.

Neste diapasão, certa a definição trazida por RIZZARDO (2015, p. 13)

Para Orgaz, desdobra-se em dois aspectos. No primeiro, se identifica com a lesão de um direito ou de um bem jurídico qualquer. [...] ao passo que na segunda dimensão envolve simplesmente "el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, em ciertas condiciones (daño material...), o bien, em hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño moral..). Não haverá ato punível, para os efeitos da responsabilidade civil, sem o dano causado. Daí a sua importância, em qualquer dos aspectos vistos.

Envolve um comportamento contrário ao jurídico. A nota da antijuridicidade o caracteriza, de modo geral. Mas não emana, necessariamente, de um desrespeito à lei ou de uma conduta antijurídica. Possível que nenhuma infração se consuma, e nasça o dever de reparação. Isto porque simplesmente apareceu um dano, a que a lei obriga o ressarcimento.

Exclusivamente, no processo em exame, só há a indagação sobre/do dano moral. Repise-se, ainda, que referido dano também é analisado unicamente sob o viés individual, ou seja, de cada afetado.

Segundo FARIAS, ROSENVALD e NETTO (2015, p. 266/268)

O dano moral pode ser conceituado como *uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela*. [...]

Devemos alertar que, ao definirmos o dano extrapatrimonial como a lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela, não pretendemos com estas palavras afirmar que só haverá dano moral quando a lesão for grave, ou seja, a partir do momento em que se constate a severidade da ofensa. [...]

Desse modo, perante uma pretensão de reparação de danos não patrimoniais, não importa apenas sopesar em concreto a tutela do lesado com o exercício de uma eventual liberdade contraposta, como também legitimar caso a caso, o direito à

¹³ No presente trabalho o dano, ainda que ambiental, não recebeu contornos neste sentido (exclusivamente, tal qual a conceituação formulada por LORENZETTI (2011, p. 17) de que "En la búsqueda de una definición de base legal, del daño ambiental, podemos citar el concepto adoptado por la mayor parte de las legislaciones de América Latina y el Caribe; por ejemplo, reiteradamente se disse que es "Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes" (Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile). Toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente (Ley 64-00 sobre Medio Ambiente y Recurso Naturales República Dominicana) [...]”, uma vez que o mesmo está sendo discutido em ação própria e em diversos autos de infração confeccionados pelo IBAMA. Nesta oportunidade, essencialmente, foi tratada a questão dos danos morais.

reparação dos danos concretamente sofridos. Só assim se evitam – em um campo extremamente fluido e despido de enumerações taxativas – pretensões compensatórias injustas e desarrazoadas, incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade política, econômica e social. Isso impõe a compatibilização entre a justiça da reparação com a liberdade e autonomia e as exigências de uma verdadeira solidariedade.

Assim, o dano pressupõe uma lesão a interesse (juridicamente) tutelado.

Referido dano moral, indiscutivelmente, ganha relevantes e notórios contornos com o advento da Constituição Federal de 1988. Sua previsão expressa, especialmente nos incisos V e X, do artigo 5º, de referido códex¹⁴, estampa a tutela constitucional a este direito.

Percorridas as definições, ainda que brevemente, há a necessidade de que sejam traçados os contornos a respeito do novo instrumento processual.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: A (VELHA)NOVIDADE TRAZIDA PELO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A nova legislação processual cível brasileira, substituindo a colcha de retalhos de Buzaid, esta, fundamentalmente, alicerçado em três aspectos fundamentais: o contraditório (efetivo), o dever de fundamentação das decisões judiciais e os precedentes judiciais (vinculantes).

De fato, bem como ao mesmo tempo distante da discussão sobre a origem da tradição jurídica destes últimos¹⁵, os mesmos sob um viés kelsiano e processual, denotam significativo avanço na busca pela estabilidade, coerência e integridade dos pronunciamentos judiciais (que há muito têm sido criticados por doutrinados tais como Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Aury Lopes Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, dentre outros), nos termos almejados pelo artigo 926, de aludido códex.

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁵ Ainda que, em particular, o trabalho adota a ideia de que os precedentes derivam de uma própria necessidade da tradição jurídica da *civil law*, como se denota em ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculante**/Hermes Zanetti Jr. – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016 e PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**/Ravi Peixoto – 2. ed. ver. ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2016, *passim*.

Inserido nesta incessável busca capitaneada pela doutrina, o artigo 927 (o qual prevê quais serão os precedentes judiciais vinculantes) traz, em seu arcabouço, no inciso III, a previsão do IRDR¹⁶.

Por seu turno, referido instituto, como mencionado anteriormente, vem disposto entre os artigos 976 e 987, do CPC.

Para boa parte da doutrina, referido instituto é derivado do *Musterverfahren* (procedimento para ações padrões, § 606, Buch 6, *Musterfeststellungsverfahren*, do ZPO alemão¹⁷), o qual, de certa forma, comporta grandes semelhanças com o instituto ao coletivizar questões comuns inerentes a inúmeras pretensões individuais.

Nota-se que referido instituto, talvez, se amoldaria ao propósito (plano de fundo) pelo qual o IRDR objeto da demanda foi instaurado.

Contudo, longe da realização de um quadro comparativo entre ambos, há notórias diferenças entre os institutos.

O incidente brasileiro, objeto de análise, pode ser requerido/instaurado com o preenchimento (em conjunto) de dois requisitos¹⁸: a repetição de processos que ventilam a mesma matéria exclusivamente de direito (fundamento esse que será essencial para a discussão no tópico a seguir) e a possibilidade de que a isonomia (tal qual já dito) e a segurança jurídica sejam violadas.

Seu funcionamento, via de regra, é simples. Será pedido a instauração do incidente ao presidente do tribunal objeto da controvérsia (havendo uma legitimidade concorrente entre partes, Ministério Público e a própria autoridade judicial de ofício).

Após, simploriamente, referido julgamento, segundo dicção do artigo 978, do CPC, será realizado pelo órgão, descrito, regulamentado e julgado (preferencialmente e no prazo de um ano) pelo regimento interno de cada Tribunal, para a pacificação da questão. Igualmente, há a necessidade de ampla publicidade e abertura dos debates, admitindo-se a participação de entidades, pessoas ou órgãos com interesses, justamente por afetar inúmeros processos individuais e pela criação de tese, vinculante, aplicável a casos vinculantes da mesma matéria (de direito).

Portanto, de forma virtuosa e primorosa, o incidente em questão enseja, por via de consequência, a resolução (democrática e participativa) de questões exclusivamente de direito que irão afetar – obrigatoriamente – o desfecho de todos os

¹⁶ Deve-se ressaltar que a terminologia do instituto contém um grave equívoco. A partir do mesmo não serão resolvidas as demandas em si, mas as questões de direito que as envolve.

¹⁷ Neste sentido já discorria Antonio do Passo Cabral, em artigo publicado em meio digital: https://www.academia.edu/215397/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alem%C3%A3o_uma_alternativa_%C3%A0s_a%C3%A7%C3%B5es_col_etivas. Acesso em: 25 nov. 2018.

¹⁸ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

processos afetados ao entendimento consolidado na *ratio decidendi* do precedente criado.

Neste sentido, é clara a intenção do Tribunal Mineiro em fixar parâmetro para estancar a sangria das ações indenizatórias/reparatórias causadas pelo incidente. Há uma notória busca de redução do acervo processual.

Todavia, adiante, será demonstrado a (im)possibilidade de utilização deste para o fim almejado.

4 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 1.0105.16.000562-2/004: A COLISÃO ENTRE OS INSTITUTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Após a delimitação dos institutos de direito material (responsabilidade civil) e de direito processual (IRDR), torna-se necessária a abordagem da questão central do tema.

De fato, a questão central do incidente reside, essencialmente, em quatro pontos, quais sejam¹⁹: (i) legitimidade dos postulantes; (ii) prova necessária para comprovar a interrupção; (iii) se o dano será tratado como presumido (*in re ipsa*) ou deverá ser comprovado; e (iv) os parâmetros para fixação do *quantum* indenizatório.

Prima facie, alguns destes pontos abordados envolvem – indiscutivelmente – a análise fática individual de cada demanda.

Referida observação remonta a um fato intrínseco ao próprio instituto da responsabilidade civil que exige, naturalmente, um exame de fato(s). E isso constitui um óbice, natural, ao incidente.

Como mencionado anteriormente e reproduzido o texto legislativo em nota de rodapé, o IRDR pressupõe e exige a análise exclusiva de matéria de direito, ou seja, há uma vedação a padronização interpretativa de direito material (haja vista a inquestionável necessidade de um exercício hermenêutico pelo operador ao caso concreto).

Portanto, exsurge uma colisão entre os institutos derivados por seus próprios requisitos e natureza.

Destarte, ainda que se afigure louvável a tentativa de reduzir e dizimar drasticamente a grande quantidade de demandas que surgiram sob “o mesmo fundamento”, há óbices para a pacificação da matéria.

No mais, especialmente com relação ao *quantum* indenizatório, repise-se que há métodos (muito mais) eficazes para sua fixação e que já são usados. Inclusive, em recente caso julgado pelo Tribunal da Cidadania, houve a utilização do critério

¹⁹ Como informa o próprio Tribunal, por intermédio de seu portal eletrônico: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-admite-irdr-relacionado-a-falta-dagua-apos-acidente-da-samarco.htm#_W_IHxDhKjIU. Acesso em: 24 nov. 2018.

bifásico²⁰, pacificamente utilizado por aquela Corte²¹ e que tem sido reproduzido pelas instâncias *a quo*.

Ademais, é digna de crítica a ideia de unificação ou pacificação do valor indenizatório. Como anteriormente mencionado, tratando-se de dano extrapatrimonial, extracontratual e individual, indiscutivelmente o exame da matéria fática fará com que a diversidade de situações dê azo a um sem número de particularidades que influenciarão diretamente na quantia a ser fixada.

E não é só. O segundo requisito cumulativo para que seja viável a resolução da questão de direito repetitiva é o risco de ofensa a isonomia e da segurança jurídica.

Entretanto, compulsando os casos que foram afetados, não há como definir – sem sombra de dúvidas – que há a presença de referida exigência. Tratam-se, bem verdade, de demandas individuais, que, ainda que possuam um mesmo fato como causador do dano a ser apreciado, são notadamente distintos, de modo que não há qualquer ofensa a isonomia (aliado ao fato que essa haveria, somente, se houvesse interpretação diversa a mesma questão de direito, o que não há).

Inviável, neste diapasão, a instauração do incidente pelos motivos acima mencionados.

Assim, também entendeu o desembargador Adalton Dias Tristão, no processo sob nº 0038578-77.2016.8.08.0000 frisando que “não há como padronizar situações fáticas diversas, tendo em vista da existência de várias situações e diversidade, de ações em curso, as quais devem ser analisadas caso a caso, levando em consideração as peculiaridades que cada feito apresenta.”²²

Para além, a instauração – semelhante – de incidentes com essa finalidade (massificação e, exclusivamente, extinção de inúmeros litígios ou até mesmo sua suspensão por período indeterminado) valem-se de fundamentos extrajurídicos. Preocupa-se mais com a necessidade de dar uma resposta prática e, quiçá, metódica do

²⁰ REsp 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011.

²¹ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRATAMENTO CONSISTENTE EM SESSÕES DE FONOAUDIOLOGIA PARA RECUPERAR A CAPACIDADE DE MASTIGAÇÃO E DEGLUTIÇÃO. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL IN RE IPSA. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

2. A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve considerar o método bifásico, sendo este o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarificação do dano. Nesse sentido, em uma primeira etapa deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Após, em um segundo momento, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

(AgInt no REsp 1719756/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

²²

Disponível

em:

https://www.lex.com.br/noticia_27533331_IRDR_QUE_PADRONIZARIA_CASOS_DECORRENTES_DO_DESATRE_DE_MARIANA_NAO_E_ADMITIDO.aspx. Acesso em: 28 ago. 2019.

que propriamente conferir a tutela jurisdicional adequada aos requerentes que se socorrem do Judiciário.

Há, portanto, sérias críticas ao incidente instauro pelo Egrégio Tribunal Mineiro, de tal forma que há a inviabilidade – seja ela teórica, prática ou normativa – da pacificação de questão de fato que invariavelmente atinge a responsabilidade civil como um todo. Ledo equívoco.

5 CONCLUSÃO

Com base nas conceituações realizadas, especialmente no que tange a responsabilidade civil e a análise fática derivada da própria natureza do instituto.

Neste diapasão, tratando-se o Incidente de Resolução de Demandas (questões) Repetitivas de instituto que necessariamente e exclusivamente prestigia a solução de controvérsias exclusivamente de direito(s), há uma colisão normativa/institucional como demonstrado.

Referida colisão é gritante e, de certa forma, inviabiliza a instauração, ainda que bem-intencionada de um incidente sobre a temática objeto do estudo. Há uma impossibilidade nítida.

Além disso, nota-se que o referido IRDR demonstra uma tendência – infeliz – brasileira: a suspensão de casos de difícil solução ou de notória repercussão pública. Há uma forte tendência a utilização de argumentos – concretos ou não – extrajurídicos.

No mais, é digno de nota que eventual banalização para a solução de litígios massificados oriundos do mesmo fato comum serão cada vez mais comuns. Há uma preocupação pontual do Judiciário em apresentar uma resposta rápida e efetiva a questões e litígios que contém em seu antro divergências e indagações particulares.

Deverá ter uma indiscutível cautela, principalmente, no juízo de admissibilidade do incidente nos Tribunais. O “caso Samarco” é um exemplo incontestável disso.

Assim, conclui-se pela impossibilidade de aplicação do IRDR no caso individual de danos morais, diante da análise fática já delineada.

No mais, ainda que a solução de cada controvérsia individual demande mais tempo do que o jurisdicionado habitualmente está acostumado, no presente caso esta é imperiosa. Há um tempo orgânico e mecânico/estrutural a ser respeitado.

Se não bastasse, referida particularidade circunstancial exige do operador do direito um exame particular de todas as questões e indagações processuais e matérias do caso. No que pese, *a priori*, a similitude na causa de pedir (seja ela direta ou indireta), haverá um abismo diferencial casuístico.

Portanto, o presente trabalho concluiu pela impossibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, processada sob o nº 1.0105.16.000562-2/004, assim, com a inviabilidade do instrumento processual diante da controvérsia resumir-se a matéria fática e inexistir risco à segurança jurídica ou lesão a isonomia.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Direito ambiental e responsabilidade civil das empresas.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3** - 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Derecho Ambiental y Daño** – 1a ed. 1a reimp – Buenos Aires: La Ley, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** – 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SALOMON, Fernando Baum. **Nexo de causalidade no direito privado e ambiental** – Porto Alegre, 2006.

CRÉDITOS DOS MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE COM PRIVILÉGIO ESPECIAL – TRATAMENTO DADO PELA LEI COMPLEMENTAR 147/2014

Jadir Rafael da SILVA FILHO²³
Edson Freitas de OLIVEIRA²⁴

RESUMO: O presente trabalho científico surgiu em razão de uma discussão acadêmica que paira sobre as alterações implementadas pela Lei Complementar nº 147/14, que, entre outras disposições, incluiu a alínea “d” no inciso IV do artigo 83, da Lei nº 11.101/05. Aborda, principalmente, o enquadramento dos créditos de microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte como com privilégio especial, sem a observância pelo legislador da principal característica deste privilégio creditório, qual seja, estar atrelado a determinado bem. Ao figurar na quarta posição na ordem de pagamento dos credores no processo de falência, o crédito com privilégio especial não estaria, por essa condição, sujeito a rateio, mas o legislador acabou por criar uma categoria anômala de credor. Analisa as intenções do legislador em cumprir o disposto na Constituição Federal, beneficiando os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte e as consequências da inobservância as características dos créditos com privilégio especial.

Palavras-chave: microempreendedores individuais; microempresas; empresas de pequeno porte; crédito com privilégio especial; classificação de credores.

ABSTRACT: The present scientific work arose due to an academic discussion about the changes implemented by Complementary Law 147/14, which included the line "d", in item IV, of article 83, of Law 11,101 / 05. It deals mainly with the framework of the credits of individual microentrepreneurs, microenterprises and small enterprises, such as credits with special privilege, without observing by the legislator the main characteristic of this credit privilege, that is, being tied to a given asset. By being in the fourth position in the payment order of the creditors in the bankruptcy proceedings, the credit with special privilege is not subject to apportionment. Finally, the intentions of the legislator to comply with the provisions of the Federal Constitution, benefiting individual microentrepreneurs, micro-enterprises and small businesses, and the consequences of non-compliance with the characteristics of credits with special privilege.

Keywords: Individual microentrepreneurs; Micro-enterprises; Small businesses; Credit with special privilege; Credit rating.

1 INTRODUÇÃO

²³ Advogado. Bacharel em Direito e Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Negocial 2018, da Universidade Estadual de Londrina. e-mail: jadir_rafael@hotmail.com

²⁴ Bacharel em Ciências Contábeis pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Ensino, Bacharel em Direito pela mesma Instituição, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP. Advogado e Professor titular de Direito Econômico e Empresarial - Faculdade De Direito (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo), bem como Coordenador de Pós-graduação da mesma Instituição. E-mail: edson_freitas@toledoprudente.edu.br.

O presente trabalho científico buscou estudar a alteração realizada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, na Lei nº 11.101/05, especialmente sobre a inclusão dos créditos de microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na classificação de credores, como créditos com privilégio especial.

A Lei Complementar nº 147/2014, que alterou a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993, teve o objetivo de favorecer os microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, cumprindo a determinação do artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal.

Dentre as medidas adotadas pelo legislador para incentivo e manutenção dos pequenos negócios no país, principalmente em decorrência de serem responsáveis pelo maior volume de movimentação econômica e financeira da economia, foi estabelecido que os créditos dos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, sejam considerados, na classificação de credores prevista no artigo 83 da Lei nº 11.101/05, como créditos com privilégio especial.

Conduto, ao analisar a origem e natureza dos créditos com privilégio especial, observou-se que tais créditos possuem como principal característica estar atrelado a determinado bem do devedor. Foi possível observar que a inovação trazida pela Lei Complementar 147/2014 estabeleceu o privilégio creditório sem observar a principal característica dos créditos com privilégio especial.

A problemática que motivou a elaboração do presente trabalho deriva da incerteza no pagamento dos créditos dos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte no processo de falência, pois seus créditos não estariam sujeitos ao rateio e deveriam ser pagos de forma integral, uma vez que não há limites vinculados a nenhum bem.

Em busca desta solução foram debatidas as características dos créditos com privilégio especial e geral, sua semelhança com os créditos com garantia real e suas preferências na legislação civil e falimentar.

Para elaboração deste artigo foi utilizado o método de pesquisa dialético, tomando como verdade a afirmação de que os créditos com privilégio especial devem estar atrelados a determinado bem, confrontando com a nova disposição legal que o estabelece a preferência apenas pela qualidade do credor. Foi possível concluir que existe divergência de entendimento na aplicação da ordem de pagamento no processo falimentar, bem como que o pagamento dos créditos com privilégio especial se confunde com os créditos com privilégio geral.

2 CRÉDITOS COM PRIVILÉGIO

Buscando referências históricas sobre os créditos privilegiados, como pode ser extraído do Código Civil português de 1867²⁵, o privilégio é uma qualidade atribuída por Lei a certos créditos, de serem pagos preferencialmente aos demais. O privilégio creditício é classificado em privilégios gerais e especiais, sendo que a primeira categoria se impõe à todos os bens do devedor, enquanto a segunda, se limitar a certos bens, mas prefeririam aos com privilégio geral. (DINIZ, 1924, p. 170-171)

O Código Civil brasileiro de 1916, em seu livro III, título IX, no capítulo das preferências e privilégios creditórios, no artigo 1565 determinava que o crédito com privilégio especial só engloba os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece. Com a leitura do revogado artigo mencionado, conclui-se que o crédito com privilégio especial é o crédito que estaria vinculado a um bem.

Outro não é o entendimento extraído da redação original do Decreto-Lei decreto lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, legislação falimentar vigente até o ano de 2005. Em seu artigo 102²⁶, o texto normativo expressamente vinculava o crédito com privilégio especial a um determinado bem.

O Código Civil de 2002, trouxe, em seu artigo 963, a mesma redação adotada pelo revogado Código Civil de 1973. Trouxe, também, no artigo 964, um rol exemplificativo, pois leis esparsas podem definir outros créditos com privilégio especial, prevendo algumas hipóteses em que haverá o privilégio creditório, sempre vinculando este privilégio a determinado bem, em decorrência da característica do crédito com privilégio especial.

²⁵ Artigo 878.º Privilégio creditório é a faculdade que a lei concede a certos credores, de serem pagos com preferencia a outros, independentemente do registro dos seus creditos.

Artigo 879.º Ha duas espécies de privilegios creditorios : mobiliarios e immobiliarios. § 1.º Os mobiliarios subdividem-se em : 1.º Especiaes, que abrangem só o valor de certos e determinados bens mobiliarios ; 2.º Geraes, que abrangem o valor de todos os bens mobiliarios do devedor. § 2.º Os immobiliarios são sempre especiaes.

²⁶ Art. 102. Ressalvada a preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa (art. 124), a classificação dos créditos, na falência, obedece à seguinte ordem: I - créditos com direitos reais de garantia; **II - créditos com privilégio especial sobre determinados bens**; III - créditos com privilégio geral; IV - créditos quirográficos. § 1º Preferem a todos os créditos admitidos à falência, a indenização por acidente do trabalho e os outros créditos que, por lei especial, gozarem essa prioridade. § 2º **Têm privilégio especial: I - os créditos a que o atribuírem as leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei; II - os créditos por aluguer do prédio locado ao falido para seu estabelecimento comercial ou industrial, sobre o mobiliário respectivo; III - os créditos a cujos titulares a lei confere o direito de retenção, sobre a coisa retida; o credor goza, ainda, do direito de retenção sobre os bens móveis que se acharem em seu poder por consentimento do devedor, embora não esteja vencida a dívida, sempre que haja conexão entre esta e a coisa retida, presumindo-se que tal conexão, entre comerciantes, resulta de suas relações de negócios.** 3º Têm privilégio geral: I - os créditos a que o atribuírem as leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei; II - os créditos dos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões, pelas contribuições que o falido dever; III - os créditos dos empregados, em conformidade com a decisão que for proferida na Justiça do Trabalho; 4º São quirográficos os créditos que, por esta lei, ou por lei especial não entram nas classes I, II e III deste artigo, os saldos dos créditos não cobertos pelo produto dos bens vinculados ao seu pagamento e o restante de indenização devida aos empregados.

A previsão legal leva-nos a conceituar o crédito com privilégio especial como aquele que possui preferência no seu pagamento quando vinculado a um determinado bem.

De forma mais específica, os privilégios creditórios especiais, têm como principal característica, como ensina PLÁCIDO E SILVA (2010, p. 608) o seu resgate ou pagamento garantido por determinados bens, pertencentes ao devedor, pois, “dizem-se, justamente, especiais, porque não ultrapassam, com a respectiva preferência, as garantias, em que assentem os privilégios correspondentes.”

Assim, de acordo com a teoria clássica, o crédito com privilégio especial é aquele previsto em lei, atrelado a um determinado bem do devedor, e não sobre todo o seu patrimônio, que garante ao seu beneficiário, o direito de preferência no recebimento do crédito.

Neste sentido, como leciona Cledi de Fátima Manica MOSCON (Revista de Processo 131, ano 31, janeiro de 2006) “o direito de preferência em sentido amplo é o privilégio ou o direito que goza alguém de ser preferido em seu direito em relação a outras pessoas que concorrem para o mesmo fim ou pretendem a mesma coisa.”

Observa-se que o grande objetivo de instituir preferências creditórias, é a resolução de conflitos em concurso de credores. Nesta hipótese, os créditos com privilégio especial possuem preferência quando em concurso com créditos sem garantia ou com uma garantia menos privilegiada. Assim, a preferência no recebimento do crédito se dará no decorrer do processo de execução, quando à relação entre credor e devedor for aplicado o procedimento judicial comum, seguindo a regra do artigo 961 do Código Civil, que prevê a preferência do crédito real ao pessoal, do privilegiado ao simples.

2.1 A Diferença entre Garantias Reais e Privilégio Creditório

Atualmente, quando o devedor se torna incapaz de solver a dívida proveniente de uma determinada relação jurídica, seu patrimônio responde pela dívida. Observa-se que mesmo após a responsabilidade civil não atingir mais a pessoa do devedor, mas seu patrimônio. Contudo, como é conhecido, em inúmeros casos o patrimônio do devedor não se mostra suficiente para saldar o débito, tornando-se imperioso que o credor possa vincular seu crédito a determinado bem para ter preferência sua satisfação (SANTA MARIA, 1993, p. 201).

Segundo PLÁCIDO E SILVA (2010, p. 607) “privilégio do latim *privilegium*, palavra que se forma de *privus* (particular, individual) e *lex* (lei), exprime, em sentido originário, a lei excepcional ou a medida de exceção disposta, em caráter particular, privativo ou exclusivo, em favor de uma pessoa.”

Trata-se de uma exceção à regra, sob a égide do princípio da legalidade e, portanto, constituída por lei, como um direito exclusivo pertencente a um beneficiário, que tem assegurado em seu favor a garantia de receber o que lhe é devido antes dos demais.

Não obstante a isso, é também característica muito similar a preferência dos direitos reais de garantia, consistente no privilégio da aplicação do valor de um bem exclusivamente a satisfação da dívida. (GOMES, 1962, p. 17)

Importante destacar que a preferência creditória não compõe os direitos reais de garantia. De fato, existe certa similaridade entre ambos, uma vez que possuem origem legal, estão vinculados a determinado bem e possuem a característica do *ius perseguendi*, ou seja, direito de perseguir aquela coisa que se encontra em poder de outro.

Entretanto, como já mencionado, as preferências creditórias não fazem parte do rol dos direitos reais de garantia, isso porque os Direitos Reais são constituídos por convenção das partes, ou seja, só é instituída a garantia caso ambas as partes tenham a intenção pactuar tal garantia. Por sua vez, os privilégios creditórios só existem nas hipóteses determinadas na lei. Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que o privilégio não é direito real, principalmente ao concluir que “o privilégio não outorga poder imediato sobre as coisas, como se verifica com os direitos reais de garantia” (GOMES, 1962, p. 517).

Identificada a natureza do privilégio creditório ora em estudo, e a diferenciação destes com os direitos reais de garantia, é importante mencionar que, no processo falimentar, os créditos com garantia real preferem aos créditos com privilégio especial e geral, do mesmo modo previsto no artigo 961 do Código Civil. Contudo, existem semelhanças entre os créditos com garantia real e os créditos com privilégio especial, uma vez que ambos não estão sujeitos a rateio, ficando o seu crédito vinculado ao valor dos bens que garantem a dívida e, quando estes valores não forem suficientes, aquilo que não foi adimplido será reclassificado como quirografário.

3 DA ORDEM DE PAGAMENTO NO CONCURSO DE CREDORES DO PROCESSO FALIMENTAR

O processo falimentar é norteado pelo princípio da *par conditio creditorum*, o qual assegura o tratamento de igualdade de condições a todos aqueles credores habilitados de perseguirem seus créditos, excetuados aqueles previstos expressamente pela lei como os créditos com privilégios e preferências creditórias.

São raras as hipóteses em que os bens da massa falida pagarão seu saldo devedor. Deste modo, a Lei de Falência e Recuperação de Empresas estabelece uma ordem de pagamento no processo de falência para assegurar o pagamento de determinados credores em face de outros, a depender da natureza de seu crédito.

A classificação de credores busca garantir aos credores igualdade no recebimento do crédito, a fim de cumprir os princípios e objetivos da execução concursal. Gladston Mamede (2006, p. 565) faz a seguinte afirmação sobre a classificação de credores:

[...] eis as bases do princípio da *par conditio creditorum*, ou seja, da condição paritária (igualitária) entre os credores: dar a todos um mesmo tratamento, compartilhando os ônus da quebra, quero dizer, os ônus de terem o mesmo devedor e não poder ele adimplir todas as suas obrigações.

A ordem de pagamento no processo de falência visa garantir privilégio a determinados créditos em decorrência de sua natureza ou assegurar ao crédito os privilégios e preferências estabelecidos por outros dispositivos legais, tais

como o artigo 449²⁷ da Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 186²⁸ do Código Tributário Nacional e os artigos 963 e 964 do Código Civil.

Como explica Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 377):

[...] não é injusta a hierarquização em desfavor da generalidade dos empresários, já que eles normalmente têm condições de se prevenir contra a insolvência da devedora, seja por meio de taxas de risco embutidas nos preços e juros, seja pela existência de codevedores, por fiança ou aval.

A ordem de pagamentos definida no artigo 83²⁹ da Lei nº 11.101/05 busca aplicar os princípios referentes ao direito falimentar, bem como cumprir os objetivos da execução concursal.

Assim, a legislação falimentar estabelece privilégios e preferências a determinados créditos em decorrência de sua natureza, mesmo que estes possuam garantias ou benefícios de ordem previstos por outras normas jurídicas, definindo quais os credores que receberão o crédito primeiro, qual o valor que os credores terão direito a receber e também qual será a forma do pagamento.

Para cumprir o pagamento na forma determinada na legislação, o magistrado conta com o auxílio do administrador judicial. É ele o responsável por efetuar os pagamentos dos credores com base no art. 22, inciso III, alínea i³⁰, da Lei 11.101/05, utilizando o valor apurado pelos bens da massa e cumprindo estritamente a ordem de

²⁷ Art. 449 - Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

²⁸ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

²⁹ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; **IV – créditos com privilégio especial, a saber a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;** V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício. § 1º Para os fins do inciso II do caput deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado. § 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade. § 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência. § 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

³⁰ Art. 22. III, i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores.

pagamento, conforme dispõe o art. 149³¹ da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

3.1 O Crédito com Privilégio Especial na Classificação de Credores da Falência

Como já abordado, a Lei de Falências e Recuperação de Empresas estabelece uma ordem de pagamento na execução concursal, visando cumprir os princípios inerentes ao procedimento.

O artigo 83 da Lei nº 11.101/05 situa os créditos com privilégio especial na 4ª posição, ao classificar os créditos no processo de falência. O inciso IV do referido artigo, estabelecia como crédito com privilégio especial, além dos previstos no artigo 964 do Código Civil de 2002, os previstos em outras leis, desde que não contrarie disposição da LF, e quando ao titular do crédito for assegurado o direito de retenção da coisa, desde que seja estabelecido por lei. Porém, com a entrada em vigor da Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014, o inciso IV do artigo 83 da LF, passou a ter mais uma espécie de crédito com privilégio especial, quais sejam: os créditos em favor de microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidos de acordo com a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Mesmo antes da recente alteração do inciso IV do artigo 83 da LF, este já sofria críticas. Como tratado acima, o crédito com privilégio especial deve sempre estar atrelado a bens específicos do devedor, pois, caso contrário, teria privilégio geral. Apesar de a alínea “a”, do referido inciso, fazer referências ao artigo 964 do CC, as alíneas “b” e “c” são genéricas.

Principalmente a alínea “b”, como explica Manoel Justino Bezerra Filho (2009, p. 191):

É o tipo de disposição genérica, que deve ser evitada pela técnica legislativa mais apurada, exatamente porque sua generalidade pode causar surpresas ao aplicador da lei, o que sempre deve ser evitado pelo legislador cuidadoso. Aliás, no caso a generalidade é absoluta, não só por incluir coisas indefinidas (prevista em leis em geral) como por excluir, também, situações indefinidas (salvo eventual disposição em contrário).

A crítica, por sua vez, não deve ser totalmente aplicada a alínea “c”, pois o Código Civil prevê situações em que ocorrerá a retenção da coisa, podendo ser citado como exemplo o parágrafo único do seu artigo 571³².

De todo modo, a legislação falimentar classificou aqueles detentores de créditos com privilégio especial como não sujeitos a rateio, ou seja, é característica do crédito com privilégio especial estar atrelado a determinado bem, sendo o produto da sua venda destinado a satisfação do crédito. Nesse sentido, os créditos com garantia

³¹ Art. 149. Realizadas as restituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias.

³² Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

real ou privilégio especial não estão sujeitos a rateio, pois sua garantia recairá sobre um determinado bem. Como explica Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 383), “na classe dos credores com privilégio especial, o crédito será satisfeito preferencialmente com o produto da venda de determinados bens da sociedade falida. O saldo eventualmente não coberto por esse produto é reclassificado como quirografário.”

Observa-se que o parágrafo primeiro do artigo 83 da Lei de Recuperação e Falência, que define o valor do bem objeto de garantia real, deve ser aplicado analogicamente aos créditos com privilégio especial, ficando assim estabelecido que será considerado valor a importância efetivamente arrecadada com a sua venda, limitando-se como exposto acima, o privilégio a esta quantia.

Com a inclusão dos créditos de microempreendedores individuais, das microempresas e empresas de pequeno porte como detentores de créditos com privilégio especial, o legislador ao editar a Lei Complementar nº 147, acrescentou mais uma alínea ao inciso IV do artigo 83 da Lei nº 11.101/05.

4 A ALTERAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 147 DE 2014 NA LEI 11.101/05 E SEUS EFEITOS

Como já dito, o legislador, por intermédio da Lei Complementar nº 147 de 2014, definiu o crédito dos microempreendedores individuais, das microempresas e das empresas de pequeno porte como crédito com privilégio especial, ainda que não estejam atrelados a nenhum bem do devedor.

É certo que a intenção do legislador de beneficiar os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte busca cumprir o objetivo da Constituição Federal, que pode ser extraído dos artigos 146, III, “d”³³ 170, IX, da Carta Magna e 47, I e §1º³⁴, 94³⁵, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Contudo, o legislador não fez uso de uma boa técnica legislativa. Conforme mencionado anteriormente, nos termos do artigo 83, IV alínea “b”, a simples previsão do privilégio creditório na legislação que trata dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte, já seria suficiente para que a legislação falimentar o incluísse na ordem de pagamento do concurso de credores.

³³ Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

³⁴ Art. 47. Na liquidação dos débitos, inclusive suas renegociações e composições posteriores, ainda que ajuizados, decorrentes de quaisquer empréstimos concedidos por bancos e por instituições financeiras, não existirá correção monetária desde que o empréstimo tenha sido concedido: I - aos micro e pequenos empresários ou seus estabelecimentos no período de 28 de fevereiro de 1986 a 28 de fevereiro de 1987; § 1º Consideram-se, para efeito deste artigo, microempresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receitas anuais de até dez mil Obrigações do Tesouro Nacional, e pequenas empresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receita anual de até vinte e cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional.

³⁵ Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição.

Todavia, a Lei Complementar nº 147, ao inserir a alínea “d”, no inciso IV do artigo 83 da LF, simplesmente não vinculou o privilégio a nenhum bem, de modo que ou o crédito será integralmente pago, independente dos valores, ou será integralmente reclassificado como crédito quirografário. Consequentemente, a questão que emerge é responder se o fato dos créditos não estarem atrelados a nenhum bem do devedor acaba descaracterizando-os como crédito com privilégio especial, criando uma nova classificação.

Como deverá o administrador Judicial, agente responsável por praticar todos os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores seguindo estritamente a classificação de credores arrolada no artigo 83 da Lei nº 11.101/05, conduzir o pagamento dos créditos devidos aos microempreendedores individuais, das microempresas e das empresas de pequeno porte?

O doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 346), afirma que:

A lei classifica os credores microempresários e empresários de pequeno porte entre os titulares de privilégio especial (LF, art. 83, IV, *d*). Mas, como o legislador não definiu sobre quais bens recairia o privilégio, não há como considera-lo senão como *geral*. Esses credores, assim, estão sujeitos a rateio, mas não concorrem com os quirografários, e sim com os demais titulares de privilégio geral.

Observa-se que com a vigência da Lei Complementar 147, os créditos dos microempreendedores individuais, das microempresas e das empresas de pequeno porte, não estão mais sujeitos a rateio. Evidentemente, a inobservância do legislador à principal característica dos créditos com privilégio legal, qual seja, a vinculação a determinado bem, acarreta em todo o crédito ser pago sem observar o rateio.

A qualificação atribuída aos créditos de microempreendedores individuais, das microempresas e das empresas de pequeno porte, sem que fosse observada a característica deste tipo de privilégio, gera dúvidas de como serão resolvidas questões práticas.

Quando o crédito dos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte gozar de garantia real, o valor residual não adimplido com a venda do bem gravado com a garantia, deverá ser reclassificado como quirografário ou pago integralmente com os demais recursos da massa falida? Trata-se de questionamento que surge devido a classificação do crédito como detentor de privilégio especial sem a vinculação a nenhum bem.

Talvez uma solução viável para todos estes questionamentos acima, seria a mudança na legislação, elegendo um bem do ativo como aquele vinculado ao crédito com privilégio especial dos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

Por fim, outra questão que tem reflexos diretos na classificação de credores diz respeito ao enquadramento dos credores como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. Isso porque, o critério para enquadramento em uma destas categorias é o faturamento anual da empresa/empresário.

Deste modo, sendo o critério para enquadramento como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, única e exclusivamente o faturamento anual, é possível vislumbrar a hipótese em que, durante o pagamento no processo de falência, a empresa seja desenquadrada do tipo empresarial. Não havendo previsão legal para resolver este problema, poderia ser utilizado um critério temporal considerando o como válido o enquadramento a época da consolidação do quadro de credores. Contudo, ainda seria necessário estabelecer quais os critérios para o não pagamento ou reclassificação dos créditos que gozam do privilégio especial.

Em síntese, os profissionais que atuam em processos de falência deverão continuar aplicando os princípios do concurso de credores. Ora, em que pese a inobservância do legislador para com a característica dos créditos com privilégio especial (de estarem atrelados a um bem), ele buscou beneficiar os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, em cumprimento a norma constitucional.

A satisfação integral do crédito antes dos créditos com privilégio geral e quirografários, em regra não fere o *par conditio creditorum* pois trata-se de hipótese prevista em lei. Em que pese o fato de o privilégio atribuído aos dos microempreendedores individuais, das microempresas e das empresas de pequeno porte assemelhar-se mais as características dos créditos com privilégio geral, o fato é que estes estariam sujeitos a rateio. Deste modo, não poderia ser o crédito reclassificado como créditos com privilégio geral, por falta de previsão legal e por ser contrária a intenção do legislador de beneficiar este tipo de credor.

Assim, a interpretação deve ser feita favoravelmente aos microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte. Neste sentido, o valor do crédito deverá ser totalmente pago após o pagamento dos créditos tributários, uma vez que como não há um bem para limitar os valores, nenhuma quantia poderá ser reclassificada como crédito quirografário.

5 CONCLUSÃO

As alterações legislativas trazidas com a Lei Complementar nº 147 de 2014, trouxe tratamento favorecido aos microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, alterando diversos textos normativos em vigor e trazendo inovações para fomentar a iniciativa privada ao exercício da atividade empresarial.

Entretanto, ao classificar os créditos de microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte como créditos com privilégio especial, o legislador não observou a característica principal deste tipo de privilégio que é a vinculação a determinado bem.

Ao inserir a alínea “d”, no inciso IV, do artigo 83 da Lei nº 1.101/05, os créditos dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte, passam a ser considerados não sujeitos a rateio e, falta de previsão legal da vinculação a determinado bem, faz com que o crédito deva ser adimplido em sua integralidade, pois não se submete ao parágrafo primeiro do mencionado artigo.

Trata-se de classificação que não observou a característica do privilégio especial, mas sim a do crédito geral, que é aquele privilégio que não se vincula a nenhum bem. Houve a criação de uma nova categoria de crédito com privilégio especial, uma vez que a nova previsão não contempla nenhuma das hipóteses previstas no Código Civil de 2002.

Além desta inobservância pelo legislador, a Lei Complementar nº 147/2014, também não estabeleceu critérios para as hipóteses em que a empresa credora for desenquadrada como microempreendedores individuais, microempresas ou empresas de pequeno porte, uma vez que o critério para esta classificação é o faturamento anual da empresa, o que pode ter variações facilmente.

Portanto, estas questões serão objeto de muita discussão na doutrina e na jurisprudência, até que se estabeleça um critério ou o texto normativo seja alterado, elegendo um bem que legalmente seja nomeado e vinculado ao crédito com privilégio especial dos microempreendedores individuais, das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como estabeleça um critério temporal para que a empresa esteja enquadrada em um destes tipos societários, e não haja alteração posterior do quadro de credores.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: comentada : Lei 11.101/2005 : comentário artigo por artigo**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.172 (1966). **Sistema Tributário Nacional**. Brasília, DF: Senado, 1966.

BRASIL. Lei nº 11.101 (2005). **Recuperação Judicial, a Recuperação Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária**. Brasília, DF: Senado, 2005.

BRASIL. Lei Complementar nº 147 (2014). **Altera o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e as Leis 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3

COELHO. **Curso de direito comercial. v. 3: direito de empresa**. – 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

COELHO. **Curso de direito comercial. v. 3: direito de empresa**. – 17. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Almachio. **Da fallencia**. São Paulo: Monteiro Lobato & Cia, 1924.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Sérgio Cavalieri Filho, artigos 927 a 965. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGA, Affonso. **Direitos Reaes de Garantia: penhor, anticrese e hypotheca**. São Paulo: Saraiva, 1933.

GOMES, Orlando. **Diretos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1962. 1 t.

GOMES, Orlando. **Diretos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1962. 2 t.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006. (Direito empresarial brasileiro; 4)

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. Direitos de preferências e privilégios no concurso particular de credores na execução. **Revista de processo**, São Paulo, ano 31, n. 131, p. 36-57, jan. 2006.

PORTUGAL, Código Civil (1867). **Código Civil Portuguez**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos reais limitados**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2. ed. Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Thainá Mayumi Carducci NABETA³⁶

RESUMO: O presente trabalho aborda a teoria do *duty to mitigate the loss*, discorrendo sobre sua origem, surgimento, definição, natureza jurídica e desdobramentos. Após, aborda a aplicação da teoria, colacionando julgados sobre o tema, mencionando sua utilização em diversos aspectos, inclusive as consequências da violação ao dever de mitigar.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Dever de mitigar. *Duty to mitigate the loss*. Prejuízos. Consequência.

ABSTRACT: The present work deals with the duty theory of mitigate the loss, discussing its origin, appearance, definition, legal nature and unfolding. After, it approaches the application of the theory, collating judgments on the subject, mentioning its use in several aspects, including the consequences of the violation to the duty to mitigate.

Keywords: Objective good faith. Duty to mitigate. Duty to mitigate the loss. Losses. Consequence.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da teoria do “*duty to mitigate the loss*”, discorrendo, sucintamente, sobre sua origem, definição, aplicação e consequências.

O tema em estudo se mostra relevante a todos os sujeitos que podem ser por ele atingidos, como o credor, devedor, aplicadores do Direito, tais como advogados e juízes, bem como a toda sociedade, uma vez que todos estamos submetidos a se envolver em uma relação obrigacional, contratual ou processual, onde tenhamos uma obrigação a cumprir, ou, de outro lado, uma obrigação a exigir.

Desta forma, iniciamos, no primeiro tópico, abordando o surgimento, conceito e natureza jurídica do instituto, à luz do princípio da boa-fé objetiva, passando, no segundo item, à análise da aplicação e das consequências da violação ao dever de mitigar, expondo alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e tecendo considerações sobre o *duty to mitigate* em determinados aspectos.

Para a realização deste trabalho, foram utilizados os seguintes referenciais metodológicos: leis, doutrinas, outros artigos científicos, Enunciados e julgados de Tribunais. Além disso, foi utilizado o método dedutivo.

Por fim, a conclusão.

2 ORIGEM E CONCEITO DO “DUTY TO MITIGATE THE LOSS”

A teoria “*duty to mitigate the loss*” surgiu no direito norte-americano e vem sendo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

³⁶ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP, e pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela mesma instituição. Advogada.

Duty to mitigate the loss é traduzido como o dever de mitigar a perda ou o prejuízo, e pode ser definido como o dever imposto ao credor, titular de um direito, de tomar todas as medidas necessárias, sempre que possível, para evitar o agravamento de seu próprio prejuízo.

Isto é, o dever de mitigar corresponde à ideia de que o credor não pode agir de forma a piorar a situação do devedor, intensificando seu próprio dano.

Silvano José Gomes Flumignan (2015, p. 1) sustenta: “A teoria do *duty to mitigate the loss* questiona se o devedor é responsável inclusive pelo prejuízo que poderia ser evitado pelo credor mediante esforço razoável.”.

A natureza jurídica do instituto é de dever, ou ainda, de ônus, no sentido de adoção de um comportamento, pelo credor, a fim de não estimular o débito do devedor.

A concepção da teoria foi positivada no Enunciado nº 169 do Conselho da Justiça Federal: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

A criação deste enunciado foi proposta por Vera Maria Jacob de Fradera, com fundamento no artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, abaixo transcrito:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Esta Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 8.327 de 2014.

A teoria em estudo decorre do princípio da boa-fé objetiva, que consiste em um padrão ético de conduta a ser seguido, impondo que todas as partes da relação obrigacional ou contratual atuem com probidade e lealdade.

Neste sentido, boa-fé objetiva é conceituada por Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 387) nos seguintes termos:

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 101) definem:

Distingue-se, portanto, da *boa-fé objetiva*, a qual, tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado –, consiste em uma verdadeira *regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica*.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se referiu ao dever de mitigar as perdas como um subprincípio da *boa-fé objetiva*, no julgamento do Habeas Corpus nº 137.549.

Ademais, existem deveres anexos de conduta, relacionados à *boa-fé objetiva*, como o dever de informação, cooperação, lealdade, cuidado, agir conforme a confiança, entre outros.

Estes deveres anexos são impostos ao devedor e ao credor da obrigação, e uma vez descumpridos, configura-se o inadimplemento, conforme dispõe o Enunciado nº 24 do Conselho da Justiça Federal: “em virtude do princípio da *boa-fé*, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”.

Sobre o assunto salientam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 103):

Tais deveres – é importante registrar – são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se, em verdade, à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da *boa-fé contratual*.

Além disso, os deveres anexos de conduta, assim como o dever de mitigar o prejuízo, devem ser observados não só durante a existência do negócio que fundamenta a relação jurídica entre as partes, mas também antes e depois da produção de seus efeitos.

Nesta seara afirma Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 386):

Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio da *boa-fé* se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.

Percebe-se que a mitigação do prejuízo é relacionada, geralmente, à esfera contratual, com fundamento, principalmente, na violação da função econômica, de acordo com o Direito estrangeiro que deu origem a teoria.

Contudo, além do âmbito contratual, a mitigação do prejuízo deve ser observada, inclusive, na esfera extracontratual, uma vez que impõe uma responsabilidade à vítima ou credor pelos prejuízos que poderia, sem maiores esforços, ter evitado.

3 APLICABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO AO DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Uma vez violado o dever de mitigar o prejuízo pelo credor, e comprovada tal violação, podem surgir consequências a este.

Flávio Tartuce (2005, p. 4) elucida um caso de aplicação da teoria do dever de mitigar:

Exemplificando a aplicação do duty to mitigate the loss, pensemos no caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assumia valores excessivos.

Deste modo, se a parte credora não observa seu dever em tomar medidas para evitar o agravamento do prejuízo, a parte devedora pode requerer a redução das perdas e danos, sendo esta equivalente à perda que poderia ter sido evitada.

Logo, se o credor ou a vítima não agir de forma a mitigar seu próprio prejuízo, surge a possibilidade de redução do montante da indenização que busca receber.

Sobre as consequências da não observância do dever de mitigar as perdas, Silvano José Gomes Flumignan (2015, p. 1) sustenta:

Os tribunais adotaram como paradigma de não integração da indenização, sob o aspecto positivo, os prejuízos que poderiam ter sido evitados ou foram afastados efetivamente por parte do devedor mediante um esforço razoável.

Esclarece-se que, é possível a incorporação, ao montante de indenização, dos custos para a mitigação do prejuízo, se demonstrada sua necessidade. Porém, por óbvio, não seria razoável que o custo empregado para a mitigação ultrapassasse o custo do próprio prejuízo que se buscava ser evitado.

Importante salientar que não temos precedentes sobre o assunto, mas apenas decisões isoladas.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins.

Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveitada não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidência a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(Esp 758518 / PR, RECURSO ESPECIAL 2005/0096775-4. Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (8155) T3 - TERCEIRA TURMA. Data de julgamento: 17/06/2010. Publicação: REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010, RDC vol. 90 p. 164, RSTJ vol. 219 p. 267).

A teoria em análise pode ser aplicada, também, fora do direito privado, como no julgado abaixo, envolvendo responsabilidade civil do Estado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de

responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador.

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1325862 / PR, RECURSO ESPECIAL 2011/0252719-0. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) T4 - QUARTA TURMA. Data de julgamento: 05/09/2013. Publicação: DJe 10/12/2013).

No mais, Silvano José Gomes Flumignan (2015, p. 2) entende que o dever de mitigar é plenamente aplicável na responsabilidade civil do Estado, até mesmo porque o Código Civil não impõe uma separação absoluta entre o direito público e o privado.

Importante salientar que o *duty to mitigate the loss* não se limita a seara cível, sendo que pode ser utilizado em outras áreas do direito, como o direito penal, de acordo com o julgado abaixo:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NÃO LOCALIZAÇÃO DO CONDENADO. DILIGÊNCIAS JUNTO À RECEITA FEDERAL E CARTÓRIO ELEITORAL. ENDEREÇO PRESENTE NOS AUTOS (BOLETIM DE OCORRÊNCIA). NÚMERO DA CASA. DIVERGÊNCIA EM UM DÍGITO. (3) INSTRUÇÃO DO WRIT. DEFICIÊNCIA. (4) PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. O devido processo legal instrumentaliza-se, em larga medida, pelo contraditório e pela ampla defesa. Tendo em vista a

ocorrência de discrepância entre o endereço constante dos autos - número errado da casa - cumpriria à Defesa alertar ao juízo, a fim de evitar, como ocorrido no caso, a conversão do cumprimento de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. De mais a mais, é inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente da ordem, na qual se deixou de coligir cópias das certidões sobre a não localização do paciente.

3. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua Defesa informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 137549 / RJ, HABEAS CORPUS 2009/0102575-1. Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) T6 - SEXTA TURMA. Data de julgamento: 07/02/2013. Publicação: DJe 20/02/2013).

Deste modo, por decorrer do dever de boa-fé objetiva, que deve conduzir as partes de qualquer negócio jurídico ou processo judicial, o subprincípio do *duty to mitigate the loss* pode ser aplicado em qualquer caso em que haja a violação do dever de mitigar o prejuízo.

Inclusive, a teoria pode ser aplicada na seara trabalhista, como por exemplo, no caso de uma mulher grávida, sem saber de tal situação, é despedida do trabalho, e após tomar conhecimento do estado gravídico, ao invés de comunicar o empregador para retornar ao trabalho, espera transcorrer o período da estabilidade e ingressa com demanda judicial pleiteando indenização.

Desta feita, sobre a teoria do *duty to mitigate* no âmbito extracontratual, Silvano José Gomes Flumignan (2015, p.1) sustenta que:

O *duty to mitigate the loss* encontra sua forma de operacionalização para a responsabilidade extracontratual na teoria do abuso de direito. Trata-se de nítida aplicação da função pretoriana de corrigir eventuais equívocos na relação obrigacional para se aproximar cada vez mais do justo no caso concreto.

Assim, importante definir, sucintamente, a teoria do abuso do direito, que consiste no manifesto abuso de um direito, no sentido de violar a boa-fé objetiva, sobretudo o dever de colaboração, que como dito, configura-se um dever anexo de conduta.

Ademais, importante esclarecer que pelo que se observa dos próprios julgados acima, fala-se que a teoria pode ser aplicada a qualquer parte que viole o dever de mitigar (uma vez que citam “as partes”, “os contratantes”) e consequentemente, o dever de cooperação e boa-fé, ao passo que a maioria da doutrina, inclusive os autores aqui já citados, sustenta que o “*duty to mitigate*” recai somente ao credor, como anteriormente mencionado.

Ainda, necessário tratar sobre a aplicação do dever de mitigar os danos no âmbito processual.

Vejamos um exemplo de violação do dever de mitigar o prejuízo dentro de um processo: o credor de uma obrigação de fazer, cujo devedor está inadimplente, pleiteia judicialmente a fixação de multa diária (astreinte) como medida coercitiva ao cumprimento da obrigação pelo devedor. O juiz defere e acaba não impondo limite diário das astreintes, e justamente para conseguir receber valor maior, o credor deixa de executar as astreintes em tempo razoável, deixando transcorrer o maior tempo possível para que futuramente, quando da execução do valor da multa diária, tenha crédito exorbitante em face do devedor.

Deste modo, torna-se possível a redução do valor total da multa diária, com vistas a impedir o enriquecimento sem causa do credor, que notadamente tiver agido de má-fé e, conseqüentemente, desrespeitado o dever de mitigar as perdas.

Ressalta-se que, em caso de eventual redução de valor de indenização em virtude da violação do dever de mitigar, seja de astreinte, seja de perdas e danos, deve-se observar, obrigatoriamente, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que não se pode também, permitir ao devedor inadimplente, que seja até mesmo beneficiado pela sua mora em razão da má-fé do credor.

Ou seja, necessário um juízo de ponderação a ser feito pelo magistrado, a fim de reduzir a indenização ou perdas e danos, se caracterizada a violação do dever de mitigar, de forma justa e sem causar maiores prejuízos às partes.

4 CONCLUSÃO

Como visto, a teoria do *duty to mitigate the loss* já foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, e apesar de não termos precedentes sobre o assunto em nosso ordenamento, temos algumas decisões isoladas, bem como o enunciado nº 169 do Conselho da Justiça Federal, que através da jurista Vera Maria Jacob de Fradera, com fundamento no artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, a teoria foi positivada.

Deste modo, o *duty to mitigate the loss* consiste na mitigação dos prejuízos, de modo que o credor não deve agir de forma a estimular seu próprio prejuízo, a fim de, maliciosamente, aumentar seu enriquecimento.

Por se originar do princípio da boa-fé objetiva, e justamente por seu significado, relaciona-se com os deveres anexos de conduta, sobretudo o dever de cooperação, que devem ser observados a todo o momento em uma relação jurídica, inclusive antes e depois da ocorrência de seus efeitos.

Assim, o dever de mitigar é imposto tanto no âmbito contratual quanto no extracontratual.

No que tange a sua aplicabilidade, é possível na esfera do direito civil privado ou público, no direito penal, trabalhista, processual, ou seja, o dever de mitigar seu próprio prejuízo não se restringe aos contratos do direito civil, sendo que pode abranger toda e qualquer situação em que haja a efetiva violação do dever de mitigar, independente da matéria.

Assim, em caso de não observância do dever de mitigar, necessária a imposição de consequências ao credor malicioso, como a redução do montante

suficiente à reparação dos prejuízos suportados pelo credor, correspondente ao que deveria ter sido por ele evitado, mas mesmo podendo, não o fez.

Esta consequência observa ainda a efetividade do processo, no sentido de não admitir condutas violadoras aos princípios que regem as relações obrigacionais, contratuais e processuais.

Para a imposição da sanção ao credor violador do *duty to mitigate the loss*, de rigor a observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de forma a não deixar o credor ileso do ato ilícito por ele praticado, mas também não reduzir a reparação de seus danos de forma a abrandar significativamente a obrigação pela qual o devedor se obrigou e inadimpliu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. O dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*) e a responsabilidade civil do Estado. **Jus**. Pernambuco, janeiro de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35654/o-dever-de-mitigar-o-prejuizo-duty-to-mitigate-the-loss-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/1>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. Duty to mitigate the loss. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do Credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual**. Recurso Especial 2005/0096775-4. Relator: Vasco Della Giustina. Brasília, 17 de junho de 2010. 3ª Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=DUTY+TO+MITIGATE+THE+LOSS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em 08 de novembro de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas corpus. (1) impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. (2) não localização do condenado. Diligências junto à receita federal e cartório eleitoral. Endereço presente nos autos (boletim de ocorrência). Número da casa. Divergência em um dígito. (3) instrução do writ. Deficiência. (4) princípio da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss**. Habeas Corpus 2009/0102575-1. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 07 de fevereiro de 2013. 6ª Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=DUTY+TO+MITIGATE+THE+LOSS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em 08 de novembro de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sentença publicada erroneamente. Condenação do estado a multa por litigância de má-fé. Informação equivocada. Ação indenizatória ajuizada em face da serventuária. Legitimidade passiva. Dano moral. Procurador do estado. Inexistência. Mero dissabor. Aplicação, ademais, do princípio do duty to mitigate the loss. Boa-fé objetiva. Dever de mitigar o próprio**

dano. Recurso Especial 2011/0252719-0. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 de setembro de 2013. 4ª Turma. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=DUTY+TO+MITIGATE+THE+LOSS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em 08 de novembro de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. **Professor Christiano Cassettari.** São Paulo, março de 2005. Disponível em:
<http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/tartuce_boa_objetiva.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

GARANTIA À INTIMIDADE: ALCANCE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E EQUILÍBRIO COM A EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL

Márcio Augusto Friggi de CARVALHO³⁷

RESUMO: o presente artigo busca discutir o alcance da proteção constitucional da intimidade sob a ótica da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Distingue as ideias de apreensão digital e de disponibilização de dados digitais de maneira a sinalizar que a primeira hipótese prescinde de autorização judicial, nos termos da legislação processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal Constitucional; Apreensão Digital; Afastamento de Sigilo Telefônico.

ABSTRACT: the present article seeks to discuss the scope of the constitutional protection of intimacy from the point of view of the jurisprudence of the Superior Court of Justice. It distinguishes the ideas of digital apprehension and the availability of digital data in a way that indicates that the first hypothesis does not grant judicial authorization under the terms of criminal procedural law.

KEYWORDS: Constitutional Criminal Procedure; Digital Seizure; Removal of Telephone Secrecy.

INTRODUÇÃO

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu em mais de uma oportunidade no sentido da imprescindibilidade de autorização judicial para fins de obtenção do conteúdo de comunicações armazenadas em aparelhos de telefonia celular, não apenas de registros telefônicos, mas especialmente, por força da importância e uso disseminado, das mensagens trocadas por aplicações como *WhatsApp* e *Telegram*³⁸. Como cediço, aponta-se como fundamento do referido posicionamento o artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal³⁹, dos quais se extrai, dentre outras garantias, como a intimidade, a inviolabilidade do sigilo das comunicações de **dados e telefônicas** na forma da lei⁴⁰.

Em primeiro plano, relevante destacar que a Carta Magna desenhou garantia constitucional com parâmetros mínimos, quais sejam, para fins de investigação criminal

³⁷ 6º Promotor de Justiça do II Tribunal do Júri de São Paulo. Mestre em Direito Penal e Doutorando em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Extensão universitária em Direito Penal e Processual Penal pela Georg-August Universität, Göttingen, Alemanha. Professor de Direito Penal dos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP. Professor de Direito Penal e Processual Penal do curso de pós-graduação da rede DAMÁSIO. Palestrante convidado de diversas Escolas do Ministério Público do Brasil e da Escola Paulista da Magistratura

³⁸ Vide HC nº 89.981/MG.

³⁹ São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁴⁰ Deixo de observar as posições doutrinárias sobre a extensão da proteção constitucional quanto aos sigilos de correspondência e de comunicações telegráficas porque impertinentes para o tema em discussão, de lado a perda da importância prática das mencionadas ferramentas na era da tecnologia.

ou de instrução processual penal⁴¹, relegando à legislação ordinária a regulamentação correlata.

No plano infraconstitucional, apontam-se duas leis que disciplinam a matéria: a Lei nº 9.296/96, a qual expressamente regulamenta a parte final do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, notadamente a interceptação de comunicações telefônicas; e a Lei nº 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da *Internet*, que, dentre outras disposições, disciplina sistema de proteção dos registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas dos usuários da rede mundial de computadores.

Quanto à primeira, autoriza-se a **interceptação telefônica** para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, **com chancela judicial**, salvo se não houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal, se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e se o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção⁴².

Conquanto não conte com previsão expressa na lei telada, é consenso na jurisprudência que o **afastamento de sigilo telefônico**⁴³ também depende de autorização judicial, como desdobramento lógico do sistema de proteção das comunicações telefônicas estabelecido na lei em comento.

Vale ainda lembrar, no que tange à proteção constitucional atrelada à captação de conversas telefônicas, que a interceptação propriamente dita não se confunde com a **escuta telefônica**⁴⁴ e tampouco com a **gravação unilateral**⁴⁵. Em que pese o fato de ambas as figuras não contarem com regulamentação expressa na Lei nº 9.296/96, existe forte posição jurisprudencial no sentido de se admitir a prova obtida por esses meios como **lícita, independentemente de autorização judicial**, desde que haja justa causa, como, por exemplo, cenário em que a vítima de concussão grava as conversas em que é achacada pelo funcionário público⁴⁶.

⁴¹ Embora exista precedente autorizando o afastamento de sigilo telefônico, excepcionalmente, em matéria cível (cf. HC nº 203.405/MS).

⁴² A redação disciplina requisitos negativos que podem dificultar a exata compreensão do texto.

⁴³ Não se confunde com a interceptação telefônica. Esta implica na interceptação e gravação das conversas sem autorização dos interlocutores, enquanto o afastamento de sigilo telefônico viabiliza a remessa, pelas operadoras de telefonia, do detalhamento das comunicações, como terminal que efetuou a ligação e aquele que recebeu, data e hora da ligação, antena (ERB) utilizada (no caso de telefones móveis) dentre outros (não existe interceptação de conversa passada, mas é viável o recebimento dos apontados registros telefônicos realizados em determinado espaço temporal).

⁴⁴ Definida como a gravação da conversa telefônica por terceiro com o conhecimento e a autorização de um dos interlocutores.

⁴⁵ Consistente na gravação da conversa entabulada por telefone realizada por um dos interlocutores diretamente.

⁴⁶ STJ: A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso o direito à intimidade" (RHC 7216-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., 28/04/1998).

STF: "É lícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há **investida criminoso** deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se de violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista" (Pleno, HC 75338-8, Rel. Min. Nelson Jobim, 11/03/1998).

1.INTERCEPTAÇÕES, ESCUTAS E GRAVAÇÕES UNILATERAIS AMBIENTAIS

Embora se trate de mecanismo de investigação distinto, porque similar, interessante pontuar a possibilidade de se buscar prova em matéria criminal com **interceptações, escutas e gravações unilaterais ambientais**. Por certo, a questão se afasta da problemática atinente à proteção constitucional das comunicações telefônicas e de dados, mas mantém alguma aproximação na medida em que há a gravação (áudio, vídeo ou áudio e vídeo) das conversas entabuladas em determinado espaço físico por meio de dispositivos eletrônicos específicos, como câmeras, canetas-espiãs, relógios-gravadores, dentre outros. A **captação ambiental**, gênero do qual derivam as 03 (três) espécies referidas, conta com previsão expressa na Lei nº 12.850/13⁴⁷, e, no que se refere à necessidade de aval judicial, segue as mesmas diretrizes da interceptação (neste caso por analogia à Lei nº 9.296/96), da escuta e da gravação unilateral **telefônicas**, anotando-se certo consenso quanto a se prescindir de autorização judicial, mesmo nas hipóteses de **interceptação ambiental**, se se trata de captação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos em **locais públicos** em que não exista **expectativa de privacidade**⁴⁸.

Em retorno ao ponto central dessa discussão, de rigor ponderar quanto à regulamentação infraconstitucional da disponibilização dos registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas dos usuários da rede mundial de computadores, especificamente o **afastamento de sigilo telemático** e a **interceptação telemática**.

Gize-se que os dados cadastrais⁴⁹ dos usuários da *Internet* constantes dos bancos dos provedores de conexão, como NET, VIVO, CLARO e outros, podem ser requisitados diretamente pelo Delegado de Polícia ou Membro do Ministério Público para fins de investigação ou instrução processual, nos termos dos artigos 10, § 3º, da Lei nº 12.965/14⁵⁰.

Não é este o ponto nevrálgico da discussão. A questão a ensejar maior debate é o acesso ao conteúdo das comunicações de fonte telemática, em especial, dos aplicativos de mensagens mais populares como *WhatsApp* e *Telegram*, mas também das aplicações de *VoIP*⁵¹ (do inglês *Voice over Internet Protocol*), como *Skype* e *Hangouts*,

Há, contudo, decisões no sentido de que a “**gravação unilateral clandestina**” fere o direito à intimidade (art. 5º, X, CF), de forma que seu uso no processo penal seria considerado **prova ilícita** (STF, HC 69818-2-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 27/11/1992). Há, também, Doutrina neste sentido (ver Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 5ª ed., Atlas, 1999).

⁴⁷ Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

⁴⁸ Há expectativa de privacidade, por exemplo, em conversa de um casal que toma sua refeição em praça de alimentação de shopping center e não há em ambientes como repartições públicas ou estabelecimentos carcerários.

⁴⁹ Nome completo, RG, CPF, filiação, endereço, estado civil e profissão, por exemplo.

⁵⁰ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos **dados cadastrais** que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

⁵¹ Chamadas de áudio ou de áudio e vídeo pela *Internet*.

além do próprio *WhatsApp* que há algum tempo conta com a funcionalidade.

2. PROTEÇÃO LEGAL DO TRÁFEGO DE INFORMAÇÕES NA INTERNET

Não existe espaço para dúvidas, não apenas diante da tutela constitucional da intimidade, especialmente insculpida no artigo 5º, incisos X e XII, mas também da mencionada regulamentação específica disposta na Lei do Marco Civil da *Internet*, que a disponibilização dos **registros** do usuário conectado à rede e das **comunicações privadas** realizadas só podem ser autorizadas por ordem judicial expressa⁵².

Note-se que o sistema de proteção legal do tráfego de informações na *Internet* segue o mesmo raciocínio do espectro legislativo de tutela das comunicações telefônicas, qual seja, as pessoas jurídicas que oferecem os serviços de comunicação não podem interceptar conversas telefônicas ou disponibilizar réguas de ligações (dados de titularidade das linhas, ERB's⁵³ e suas respectivas posições geográficas e outras informações inclusive), sem autorização judicial.

Nessa ordem de ideias, a Lei do Marco Civil da *Internet* desenhou estrutura em que, salvo autorização judicial expressa, os provedores de conexão⁵⁴ ou de aplicações⁵⁵ não podem fornecer ao Delegado de Polícia ou ao Membro do Ministério, ainda que por eles requisitados, os registros de conexão ou de acesso às aplicações, bem como os conteúdos de dados eventualmente armazenados por meio da utilização de tais serviços.

Contudo, assim como disciplinado no que diz respeito a comunicações de telefone, não há no sistema de proteção legal da intimidade na *Internet* restrição ou limitação à apreensão digital. Evidentemente, quando se cuida de conversa telefônica ou por meio de *VoIP*, a questão desperta menor atenção porque o conteúdo das conversas não é armazenado pela operadora, ou seja, não há possibilidade de acesso a conteúdo de telefonemas ou conversas de voz ocorridos no passado, mas apenas os contatos realizados após a instalação da operação de interceptação deferida judicialmente. Contudo, não se cogitou, à época em que as comunicações pessoais à distância se restringiam às cartas físicas, telegramas ou telefonemas, em se exigir **autorização**

⁵² Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...)

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, **salvo por ordem judicial**, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, **salvo por ordem judicial**;
Art. 10. A guarda e a disponibilização dos **registros** de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os **registros** mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, **mediante ordem judicial**, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das **comunicações privadas** somente poderá ser disponibilizado **mediante ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

⁵³ Estação Rádio Base (torre de telefonia).

⁵⁴ Empresa que prestam os serviços de viabilizar conexão de internet ao usuário, fixa ou móvel.

⁵⁵ Disponibilizam o aplicativo com determinada funcionalidade na rede.

judicial para apreensão em contexto, por exemplo, de diligência de busca e apreensão domiciliar (sem indicação expressa no mandado judicial a respeito de tais objetos) ou mesmo de prisão em flagrante, de cartas ou de contas de telefone com o histórico mensal das chamadas realizadas ou recebidas.

Ao contrário, a disciplina do Código de Processo Penal acerca do tema dá conta que o Delegado de Polícia **deverá** apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias⁵⁶. Nesse quadro, importa considerar que existe efetiva diferença entre a **apreensão digital** e a **disponibilização de dados sigilosos** por provedores de conexões e de aplicações de *Internet*, segundo a disciplina legal em vigor.

A cláusula constitucional de proteção à intimidade é norma constitucional passível de condicionamentos pela legislação ordinária, como ocorre com a Lei de Interceptação Telefônica e a Lei do Marco Civil da *Internet*, de modo que a proteção constitucional não deve servir de escudo para atividades criminosas como bem lembrou o Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes em artigo publicado no *Conjur*⁵⁷:

Portanto, apesar de a exceção constitucional (CF, artigo 5º, XI, in fine) expressamente referir-se somente à interceptação telefônica, nada impede que nas outras espécies de inviolabilidades haja possibilidade de relativização da norma constitucional, por exemplo, na permissão da gravação clandestina com autorização judicial, nas possibilidades de interceptação de correspondência, entre outras hipóteses, pois não há dúvidas de que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências, das comunicações e de dados, sempre que essas liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, pois, “afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados pelos motivos que o justificam” (TJ-SP, MS 13.176-0/2/SP). Portanto, a regra permanece a inviolabilidade, sendo excepcional a possibilidade de quebra dos sigilos tutelados pela Carta Magna, observados estritos requisitos.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme o recurso em *habeas corpus* indicado no início deste estudo, embora sinalize que a **verificação de mensagens arquivadas** traduz situação não disciplinada na Lei de Interceptações Telefônicas ou na Lei do Marco Civil da *Internet*, aponta que a extração desse conteúdo pela Autoridade Policial ou pelo Ministério Público em investigação própria, sem autorização judicial, implica em ofensa ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.981 - MG (2017/0250966-3) RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA):

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS

⁵⁶ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

⁵⁷ <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/justica-comentada-constituicao- protege-inviolabilidade-celulares>. Acesso em 9.5.2019.

CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

Contudo, respeitosamente, na esteira do que decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos autos do *Habeas Corpus* que deu azo ao referido recurso, a **apreensão digital** é fenômeno diverso que conta com disciplina própria pelo Código de Processo Penal, de modo que o acesso ao conteúdo de conversas travadas por *WhatsApp*, armazenadas em *smartphone* apreendido em **cena de crime** e para fins de prova em investigação penal e posterior persecução judicial, não deve traduzir ofensa a direito constitucional à intimidade. Transcreve-se:

Analisando os argumentos despendidos no presente writ, verifica-se que a impetração alega suposto constrangimento ilegal tendo em vista que "os Policiais Militares realizaram devassa no aparelho de telefonia celular de um corréu sem autorização judicial para tanto". Pretendem a concessão da presente ordem para declarar a nulidade das provas colhidas nos autos. Contudo, o presente writ, tecnicamente, não é o instrumento adequado para valoração do mérito da própria ação penal, por exigir exame aprofundado da prova, a não ser diante da possibilidade de lesão ou ameaça de lesão à liberdade ambulatorial do paciente, nos termos do art. 50, LXVIII da Constituição Federal, o que não se vislumbra no presente caso. Além disso, conforme se observa da decisão de fls.09/11- TJ, a tese de nulidade foi arguida na resposta à acusação e rechaçada pelo magistrado a quo, senão vejamos: "(...) Outrossim, infundada a tese de nulidade da prova obtida através do acesso imediato ao aplicativo mensageiro WhastApp do aparelho celular dos denunciados sem autorização judicial. Isto porque, não obstante a privacidade, intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas encontrem-se constitucionalmente assegurados (art. 5º, X e XII, da CF/88), o acesso aos dados constantes em aparelho celular regularmente apreendido pelos policiais na sequência de uma prisão em flagrante caracteriza-se hipótese de exame em instrumento utilizado na prática de crime, constituindo corpo de delito, sendo legítima sua apreensão e análise, a fim de constatar os vestígios da infração. Aliás, o Código de Processo Penal, em seu art. 6º, determina a apreensão

imediate de todos os objetos que tenham relação com o fato, bem como de todas as provas que servirem ao seu esclarecimento. E dever do agente proceder de tal modo, o que, no caso dos celulares, significa extrair os dados neles constantes, independentemente de autorização judicial, a fim de saber se possuem alguma relação com a ocorrência investigada. Além disso, há evidente elemento de urgência no acesso aos aparelhos, já que a demora decorrente da obtenção de um mandado judicial pode trazer prejuízos concretos à investigação, notadamente pela possibilidade de que, em poucos segundos, todos os dados constantes do dispositivo sejam apagados remotamente por qualquer pessoa com acesso à conta do titular. Assim, exigir que o aparelho celular seja primeiramente apreendido, e apenas posteriormente requerida e obtida judicialmente a quebra do sigilo do conteúdo nele armazenado, resultaria na inutilidade da diligência, porque certamente os dados não mais existirão. Registra-se, ademais, que não se tratou propriamente de devassa aos dados constantes dos aparelhos apreendidos, já que somente o aplicativo mensageiro WhatsApp foi examinado. Situação diversa seria o exame aprofundado de outras funções do aparelho, como a tentativa de recuperação de mensagens já apagadas, o acesso à localização para descobrir os últimos locais frequentados etc., que poderiam justificar eventual necessidade de autorização judicial. Dessarte, tratando-se de prisão em flagrante que seguiu o delineado pelo Art. 304 e seguintes do CPP, inexistindo qualquer irregularidade, bem como constatado que o acesso aos dados do aparelho celular foi realizado imediatamente após o flagrante, para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, visando especialmente preservar os elementos probatórios, inexistiu nulidade a ser declarada, afigurando-se lícitas as provas colhidas, (...)" Neste sentido já se pronunciou este Tribunal: "EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO LICITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO - IRREGULARIDADES DO FLAGRANTE - CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA - MODIFICAÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL - ACESSO AO CONTEÚDO DE MÍDIA DO APARELHO CELULAR - DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - PROVA LÍCITA - HIPÓTESE QUE NÃO CARACTERIZA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - DECISÃO FUNDAMENTADA- PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ART. 312E SEGUINTE DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - QUANTIDADE RELEVANTE DE DROGAS APREENDIDAS E INDÍCIOS DE REITERAÇÃO DELITIVA - PERSPECTIVA DA REPRIMENDA IN CONCRETO - FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DE PENAS - IMPROBABILIDADE - DESPROPORCIONALIDADE DA SEGREGAÇÃO NÃO EVIDENCIADA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DENEGADO O HABEAS CORPUS. (...) - A garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas diz respeito à vedação de escutas clandestinas, a qual não se confunde com a mera checagem de textos, mensagens ou imagens do celular apreendido. (...)" (Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.023709-3/000, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento 18/04/2017, Data da Publicação 04/05/2017) "EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - DESETRANHAMENTO DE PROVAS ILÍCITAS - SIGILO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS ESTÁTICOS - INAPLICABILIDADE - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. A

salvaguarda Constitucional do sigilo das comunicações não acoberta direito à prática de ilícito criminal, nem diz respeito à dados armazenados em aparelhos que foram utilizados na execução de crimes. Se forem atendidas as exigências previstas na Lei n° 9.296/96 não há nulidade da prova produzida em decorrência de interceptação telefônica." (...) (Habeas Corpus Criminal 1.0000.16.086709-9/000, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, Data de Julgamento 0810312017, Data da Publicação 15/03/2017) Assim, ausente manifesto constrangimento ilegal sanável de ofício, DENEGO A ORDEM. Envie-se, imediatamente, cópia desta decisão para ser juntada ao respectivo processo (art. 461 do RITJMG)⁵⁸ [grifos nossos].

Como bem lembrado na decisão do Egrégio Tribunal mineiro acima destacada, exigir-se autorização judicial para extração de conteúdo de *WhatsApp* ou de qualquer outra aplicação de mensagens em telefone celular que constitui corpo de delito, além de não encontrar desenho jurídico adequado no Código de Processo Penal, implica em abrir as portas para possível destruição de provas na medida em que é possível apagar o conteúdo de qualquer celular à distância, por meio de *softwares* que permitem a formatação completa do aparelho remotamente ou de acesso à conta do mensageiro por qualquer outro computador ou telefone celular.

CONCLUSÃO

Em suma, não há qualquer dúvida no sentido de não existir proteção constitucional absoluta. Os direitos e garantias fundamentais podem ser relativizados pela legislação ordinária para que não sejam usados como blindagem para a prática criminosa. Na verdade, a leitura encaminhada neste texto apenas procura destacar realidades distintas, quais sejam, a apreensão de vestígios de delito, físicos ou digitais, regulamentada pelo Código de Processo Penal, e a interceptação telemática (incluído também o afastamento de sigilo digital) detalhada pela Lei n° 12.965/14. A primeira, que exige rápida intervenção dos órgãos de persecução penal, a cargo da Autoridade Policial ou do Ministério Público em busca da eficácia da produção da prova; a segunda, para fins de disponibilização de conteúdo sigiloso em poder dos provedores de aplicação e de conexão, sempre mediante autorização judicial, sob pena de nulidade da prova e daquelas dela derivadas.

⁵⁸https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663002&num_registro=201702509663&data=20171213&formato=PDF. Acesso em 9.5.2019.

REFLEXÕES SOBRE O JOGO E A RACIONALIDADE ECONÔMICA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Luis roberto GOMES⁵⁹

RESUMO: A colaboração premiada é legalmente definida como meio de obtenção de prova e ingressa nos planos da existência, da validade e da eficácia do ato jurídico por meio da celebração de um negócio jurídico bilateral (contrato) personalíssimo judicialmente homologado como regular, voluntário e legal, firmado entre o Ministério Público e o investigado, acusado ou condenado. A natureza, o regramento e o complexo processo de negociação que envolve o instituto revelam ser um jogo competitivo e beligerante, com qualidades lúdicas e agonísticas, compondo um embate de forças que se chocam e se compõem, com o escopo de alcançar os melhores resultados possíveis (benefícios *versus* interesse público e eficácia probatória). O objetivo deste trabalho é refletir sobre a influência da teoria do jogo e da racionalidade econômica no instituto da colaboração premiada, marcado pela visão da maximização da eficiência e da utilidade, em que é essencial a análise da equação custo-benefício pelas partes, de acordo com suas respectivas aspirações e posições estrategicamente dominantes.

Palavras-chave: colaboração, premiada, prova, jogo, racionalidade, econômica.

ABSTRACT: The award-winning collaboration is legally defined as a means of obtaining proof and enters into the plans for the existence, validity and effectiveness of the legal act through the conclusion of a legal contract (contract) very personal judicially approved as regular, voluntary and legal, signed between the prosecutor and the criminal investigated, accused ou convicted. The nature, the rule and the complex negotiation process that surrounds the institute reveal to be a competitive and belligerent game, with playful and agonistic qualities, composing a clash of forces that collide and compose, with the scope to achieve the best possible results (benefits versus public interest and probative efficacy). The objective of this work is to reflect on the influence of game theory and economic rationality on the award-winning collaboration institute, marked by the vision of maximizing efficiency and utility, in which the analysis of the cost-benefit equation by the parties is essential, according to with their respective aspirations and strategically dominant positions.

Keywords: collaboration, award winning, proof, game, rationality, economic.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A aplicação crescente da colaboração premiada, principalmente após a edição da Lei 12.850/2013, no enfrentamento da corrupção pública, da lavagem dinheiro e de outros delitos econômicos, por meio de operações, tem suscitado uma série de questões controversas e de argumentos contrários e favoráveis, dos mais diversos temperamentos, matizes e paixões.

Não poderia ser diferente, pois sua aplicação, no cenáculo atual, tem envolvido altas figuras da república brasileira, uma criminalidade organizada diferente daquela tradicional criminalidade de rua, com ampla repercussão midiática.

⁵⁹ Doutorando em Direito pela (FADISP). Mestre em Direito Penal Supraindividual pela UEM. Professor de Direito Penal no Centro Universitário Toledo Prudente. Procurador da República.

O objetivo do presente artigo é, simplesmente, refletir sobre alguns aspectos da colaboração premiada como um jogo complexo e sobre a aplicação da teoria do jogo como instrumento matemático de tomada de decisões, assim como a racionalidade econômica que permeia o instituto.

Inicialmente, será abordado o jogo na sociedade humana e no Direito. Na sequência, discorre-se sobre o jogo e a teoria do jogo especificamente na colaboração premiada. E, por fim, analisa-se o instituto à luz da racionalidade econômica, levando em conta parâmetros da análise de custo-benefício que deve sempre estar presente na aplicação dos acordos de colaboração premiada, e sua importância para a proteção de recursos públicos e a concretização de direitos fundamentais.

Para facilitar, os termos “colaboração” e “delação” serão utilizados indistintamente, embora se saiba do esforço de parte da doutrina em distingui-los.

2 O JOGO NA SOCIEDADE HUMANA E NO DIREITO

O jogo é fato mais antigo que a cultura, aduz John Huizinga, pois esta pressupõe sempre a sociedade humana, enquanto aquele a precede, tanto que os animais, que brincam tal como os homens, não esperaram que os homens os iniciassem na atividade, de forma que se encontra o jogo na cultura como um elemento dado existente antes da própria cultura, acompanhando-a e marcando-a desde as mais distantes origens até a fase de civilização em que agora nos encontramos. A essência não é material e ultrapassa, mesmo no mundo animal, os limites da realidade física, aponta o autor. A intensidade do jogo e seu poder de fascinação não podem ser explicados por análises biológicas, sendo na intensidade e no poder de fascinação que reside sua própria essência e característica primordial, elemento este que resiste a toda análise e interpretação lógicas. A cultura surge sob a forma de jogo e desde suas fases mais primitivas a cultura possui um caráter lúdico, processando-se segundo as formas e no ambiente do jogo (HUIZINGA, 2000, p. 53 e segs).

É desde o início “que se encontram no jogo os elementos antitéticos e agonísticos que constituem os fundamentos da civilização, porque o jogo é mais antigo e muito mais original do que a civilização” (HUIZINGA, 2000, p. 85).

À primeira vista, pondera-se que o jogo poderia parecer o mais distante possível em relação ao direito, à justiça e à jurisprudência, em função da mais total e implacável seriedade e a respeito dos interesses vitais do indivíduo e da sociedade. Todavia, o caráter sagrado e sério de uma ação de maneira alguma impede que nela se encontrem qualidades lúdicas, até porque é desde o início que se encontram no jogo os elementos antitéticos e agonísticos que constituem os fundamentos da civilização e porque o jogo é mais antigo e muito mais original do que a civilização. Dessa forma, o lúdico e o competitivo, elevados àquele plano de seriedade sagrada que toda sociedade exige para sua justiça, continuam ainda hoje sendo perceptíveis em todas as formas da vida jurídica (HUIZINGA, 2000, p. 8).

Dessa forma, portanto, não causa qualquer espanto a utilização da teoria dos jogos na colaboração premiada, haja vista representar um jogo complexo da vida, com regras próprias, castigos e benefícios, provocações de comportamentos, dilemas,

decisões e negociações, traições e autoincriminações, com indistigável caráter lúdico e agonístico, na busca maximizada pelos maiores ganhos e recompensas.

Parece, ademais, que não só a colaboração premiada é, na essência, um dos jogos do Direito, mas a própria criminalidade organizada pode revelar um fator lúdico preponderante, em suas ações, como se apurou na denominada Operação Lava Jato, em que foi apurado que empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para ajustar os preços e fraudar as concorrências, em reuniões secretas que definiam os ganhadores dos contratos, em prejuízo da Petrobras, o grupo tinha um regulamento, que simulava *regras de um campeonato de futebol*, para definir como as obras seriam distribuídas. E, para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a *distribuição de prêmios de um bingo*⁶⁰. Essa prática, com requintes do lúdico, do antitético e do agonístico, é demonstrativa de que o jogo e a racionalidade econômica habitam tanto o lícito como o ilícito, sem distinção. Por outras palavras, o jogo sujo da corrupção será sempre o jogo sujo da corrupção, porém não deixará de ser jogo, pois a essência do lúdico não depende necessariamente do que preconizam as leis, não obstante a teoria do jogo possa subsidiar um instrumento legal eficiente de combate ao crime organizado, como se dá com a colaboração premiada.

Na verdade, como lembra Ronaldo Fiani, mesmo em nossa linguagem corrente, com frequência tratamos como se fossem jogos atividades bem mais sérias do que aquelas que praticamos nos momentos de lazer, haja vista uma característica importante presente, ao mesmo tempo, em uma partida de xadrez, em um encontro internacional de líderes para discutir medidas de não-proliferação nuclear e nas decisões de empresários quanto ao lançamento de um novo produto para competir com produtos semelhantes: o fato de os indivíduos e as organizações tomarem suas decisões em uma situação de *interação estratégica*, em que participantes reconhecem a interdependência mútua de suas decisões, por encontrarem-se justamente em um jogo (FIANI, 2015, p. 2).

Uma passada de olhos nas civilizações menos adiantadas na cultura, a concepção ético-jurídica é ultrapassada pela ideia de ganhar ou perder, isto é, pela concepção puramente agonística, cuja influência aumenta conforme retrocedemos no tempo, juntamente com o fator sorte, resultando que nos situamos na esfera lúdica, num mundo espiritual em que a ideia da decisão por oráculos, pelo juízo divino (*v.g.*, ordálio), pela sorte, por sortilégio — isto é, pelo *jogo* — e a da decisão por sentença judicial fundem-se num único complexo de pensamento (HUIZINGA, 2000, p. 90-92). Aliás, para o autor, a balança da justiça é metáfora que sem dúvida teve origem na imagem homérica da pesagem ou julgamento de Zeus, significando a perpétua oscilação da sorte incerta e nada dizendo respeito ao triunfo da verdade moral, nem a qualquer idéia de que o bem pese mais do que o mal, noção esta que só surge muito mais tarde. Encontram-se, aqui, inextricavelmente, misturadas as idéias de vontade divina, destino e sorte (HUIZINGA, 2000, p. 91).

Faz-se também referência à possibilidade de uma relação entre a competição e o surgimento dos sistemas jurídicos, ao se descrever o denominado *potlatch*, um sistema primitivo de contrato e obrigação, que revela os fundamentos agonísticos da vida cultural da sociedade primitiva (HUIZINGA, 2000, p. 66-67). Lembra-

⁶⁰ Fonte: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 22/03/2017.

se que, na Grécia, o litígio judiciário era considerado um *agon*, uma competição de caráter sagrado submetida a regras fixas, na qual os dois adversários invocavam a decisão de um árbitro, concepção esta do processo que mostra a evolução do processo jurídico, pois ele começou por ser uma competição e seu caráter agonístico é conservado até hoje (HUIZINGA, 2000, p. 87-88). Menciona Huizinga que o lúdico e o competitivo, elevados àquele plano de seriedade sagrada que toda sociedade exige para sua justiça, continuam ainda hoje sendo perceptíveis em todas as formas da vida jurídica, lembrando que, antes de mais nada, o tribunal pode também ser chamado uma "corte" de justiça, que, no sentido pleno do termo, o *ἱερόδ χυχλο*, o círculo sagrado dentro do qual, no escudo de Aquiles, aparecem sentados os juízes. Todo lugar onde se ministra a justiça é um verdadeiro *temenos*, um lugar sagrado, separado e afastado do mundo vulgar, registra o autor (2000, p. 88). Ilustrando o caráter lúdico do direito, assevera que os juízes que vão ministrar a justiça saem da vida "comum" no momento em que vestem a toga e colocam a peruca, uma indumentária tradicional dos juízes e advogados ingleses dos séculos XVII e XVIII, cuja função tem um profundo parentesco com a das máscaras de dança dos povos primitivos, transformando quem a usa em outro ser (HUIZINGA, 2000, p. 88-89).

Com a pretensão de integrar a teoria dos jogos no processo penal e utilizando noções de guerra, Alexandre Moraes da Rosa desconstrói o que chama de processo penal do conforto, quebra paradigmas, suplanta o mito da verdade real e apresenta visão menos idealizada e mais próxima da realidade, do processo como jogo" (ROSA, 2015). Segundo afirma,

no jogo processual as regras são impostas pelo Estado e sustentadas pelo magistrado. Limitam o tempo, desde a denúncia até o trânsito em julgado, bem assim o espaço (Tribunal) em que será jogado. O jogo é dinâmico e com a possibilidade de mudança, alternância, vitória, empate ou derrota. E pode se renovar (jogos repetitivos ou noutras instâncias recursais). De alguma maneira o jogo processual penal dá ordem parcial ao caos, estipulando o local do jogo, seus limites, regras, jogadores e julgadores. Daí seu efeito cativante. Para ser um bom jogador não basta somente conhecer as regras processuais. É preciso ter habilidade, inteligência, ritmo, harmonia, capacidade de improviso e *fair play*. Ao se assumir a função de jogador ou julgador, no jogo processual penal, acontece a criação de ambiente apartado das preferências pessoais. Utilizam-se máscaras e lugares diferenciados, para os quais a estética e a performance roubam a cena" (ROSA, 2015, p. 23). Reforçando o caráter lúdico, anota que "o espetáculo do jogo processual lança luzes narcísicas, promove o aparecimento de traços não existentes e/ou obliterados na vida provada. Pulsa. Agita. Explode. É o rito coletivo pelo qual a punição se legitima. O tribunal é o lugar sagrado onde as condutas tidas como criminosas entram em campo. O mistério do jogo, seu caráter aleatório, as possibilidades de surpresa e mudança fascinam. A estética é diversa, as togas, as indumentárias criam a realidade. Está separado do mundo da vida e nele acontece o espetáculo do crime e do castigo" (ROSA, 2015, p. 23-24).

Defendendo a associação ativa entre o direito e o jogo, Huizinga afirma que, sobretudo nas culturas primitivas, pode ser considerada como um jogo de azar, como uma competição ou como uma batalha verbal, sendo que, em todo e qualquer processo submetido a um juiz, sejam quais forem as circunstâncias, cada uma das partes está sempre dominada por um intenso desejo de ganhar sua causa, tão forte que não seria lícito esquecer o fator agonístico. Ademais, argumenta que, se isto não bastar, por si só, para esclarecer as relações entre a jurisdição e o jogo, as características formais da

prática do direito apresentam novos argumentos, demonstrando que a competição judicial está sempre submetida a um sistema de regras restritivas que, independentemente das limitações de tempo e de lugar, colocam firme e inequivocamente o julgamento no interior do domínio do jogo ordenado e antitético (2000, p. 89-90).

Na complexa discussão que envolve a celebração do acordo de colaboração premiada, desde as tratativas iniciais, é evidente o empenho de ambas as partes em conseguir o melhor resultado na contenda. A negociação não é nada fácil e esse processo pode se arrastar por meses. Não raro, as divergências e desacordos são tantos que podem não ser superados pelos interessados. E mesmo após um acerto inicial, ainda se pode retratar em face do ajustado, cessando o jogo pela metade, sem que chegue ao ponto final.

O colaborador é o jogador que cede informações e busca o máximo possível de vantagens, incluindo até mesmo a imunidade (não denúncia), se possível. Já o Ministério Público ou o Delegado de Polícia são os jogadores que buscam extrair o máximo de elementos probatórios com o mínimo dispêndio de benefícios possível, à luz do interesse público na eficiência da investigação. E a conjunção das vontades dos participantes do jogo é submetida ao crivo do “árbitro-juiz”, que analisa todo o jogo até então disputado e as vantagens conquistadas pelos jogadores sob os prismas da existência e da validade, verificando a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do que lhe é apresentado.

Como se afirma, o jogo pode ser considerado também uma ficção, enquanto um combate fictício, engendrado para dar vazão aos anseios lúdicos, agônicos, do ser humano, sendo o direito, portanto, parte desse universo lúdico, criação do desejo humano, um modo de imaginar o real em descrições que façam sentido (GERRA FILHO; CARNIO, p. 2017, p. 203-204).

Cuida-se de um processo sem fim, num jogo de criação sem fim, que acompanha o homem desde seus primórdios e o acompanhará sempre, sem possibilidade de se imaginar um termo final. O instituto da colaboração premiada, fortíssimo no jogo, é parte dessa imensidão, apresentando-se a teoria do jogo como ferramenta matemática relevante a lhe conferir suporte. Não há como, portanto, deixar de reconhecer que, na colaboração premiada, o jogo e a teoria do jogo estão fortemente consubstanciados, como instrumentos da racionalidade que permeia o instituto, sobretudo a econômica, como se verá adiante.

3 O JOGO NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A delação premiada já era prevista na lei brasileira desde a década de noventa, com as respectivas peculiaridades de diversas leis especiais: Lei 7492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); Lei 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária); Lei 9034/95 (Primeira Lei do Combate ao Crime Organizado); Lei 9.269/96 (que deu nova redação à extorsão mediante sequestro); Lei 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro); Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas); Lei 10.409/2002 (Lei de Tóxicos); Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas atual); Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste); e na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Foi, porém, a Lei 12.850/2013 (Nova Lei de

Combate ao Crime Organizado) que ampliou, consolidou e disciplinou sua utilização, dispondo sobre o combate às organizações criminosas, a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, de sorte que é apontada como lei procedimental geral, a mais completa e detalhada, verdadeiro microsistema da colaboração premiada. Portanto, será este último diploma que subsidiará as reflexões exaradas no presente estudo.

A colaboração premiada é legalmente definida como meio de obtenção de prova (art. 3º, I, Lei 12.850/13), que ingressa nos planos da existência, da validade e da eficácia do ato jurídico por meio da celebração de um negócio jurídico bilateral (contrato) personalíssimo, firmado entre o Ministério Público e o interessado, e homologado em juízo como regular, voluntário e legal. Para a defesa, a causa jurídica⁶¹ é um desdobramento da ampla defesa, baseada na obtenção de benefícios mediante a assunção de obrigações, e não sujeição ao rigor do processo tradicional e às prováveis consequências jurídico-penais que podem sobrevir. Por meio dele, o chamado colaborador se compromete a apresentar elementos probatórios e a não exercer determinadas garantias (i.e., contra a autoincriminação, direito de recorrer e ao contraditório etc.), entre outras obrigações (v.g., devolução de dinheiro aos cofres públicos, não praticar novos delitos etc.), para receber benefícios penais acordados com o Ministério Público. Já para este, cuida-se de um relevantíssimo meio de obtenção de provas na persecução penal, principalmente em face da *omertà* (pacto de silêncio) que impera no seio das organizações criminosas e dificulta sobremaneira a investigação⁶².

Note-se que não se trata de um jogo de *soma zero*, como o *poker*, em que o único vencedor ao final do torneio acumula as fichas de todos os oponentes, que perdem todas as suas. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual em que ambas as partes ganham algumas vantagens e perdem outras, característica esta inerente a um contrato marcado pela liberdade e autonomia das vontades em negociar o melhor para si. Por outras palavras, a lógica de um negócio processual não é de um jogo de soma zero, a lógica do (*win-lose*), em que apenas uma das partes ganha exatamente o que as outras perdem, mas a lógica do *win-win*, em que, mediante concessões recíprocas, se alcançam objetivos comuns que satisfaçam ambos os negociadores (FISHER; URY; PATTON, p. 62).

A própria natureza da colaboração e seus efeitos já é indicativo claro de aplicação da teoria dos jogos, na utilização da comezinha lógica da “cenoura e do porrete” (*stick-and-carrot approach*), em função da qual se garante um tratamento privilegiado (cenoura) para aquele que decide voluntariamente cessar a atividade delitiva e delatar a organização criminosa, contribuindo para o *law enforcement*. Colaborando,

⁶¹ Andrey Borges de Mendonça aduz que “as partes, embora busquem um fim comum – a realização do acordo – o fazem por razões distintas. A causa do negócio jurídico – entendida como interesse juridicamente relevante buscado pelas partes ou o resultado objetivo que é buscado pelo negócio (o conceito de causa é variável na doutrina) – é distinta para a acusação e para a defesa. Em outras palavras, a causa é que explica por qual razão o MP e a defesa resolvem celebrar o acordo de colaboração premiada” (MENDONÇA, 2017, p. 55).

⁶² Segundo Eduardo Araújo Silva, as principais características do crime organizado (embora sem variáveis no tempo e no espaço) são: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilícitamente; d) alto poder de intimidação, pela prevalência da lei do silêncio (*omertà* das organizações mafiosas), com emprego de meios cruéis; e) conexões locais e internacionais e divisão de territórios para atuação; f) estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade; g) cultura de supressão de provas (SILVA, 2014, p. 11-14 e 33).

poderá receber até a imunidade e não ser denunciado, ou receber o perdão judicial, por exemplo. Não colaborando, o tratamento será o do tradicional *devido processo legal*.

Note-se o rigorismo do jogo, aliás, haja vista a rescisão ocasionada pelo colaborador acarretar a perda dos benefícios auferidos, como a possibilidade de utilização de todas as provas já produzidas em seu desfavor (antes da sentença) ou implicar no cumprimento da pena integralmente imposta na sentença, sem qualquer benesse em relação ao regime penitenciário. O comportamento esperado não termina com a homologação do acordo, começa com ele, de forma que a ameaça do porrete poderá acompanhar o delator por décadas tal como se fosse a afiada espada de Dâmocles, suspensa por um fio de rabo de cavalo, que pode ser rompido se o acordo for descumprido.

A propósito afirma-se que “uma vez utilizada a colaboração premiada como instrumento de defesa, o colaborador – sempre acompanhado de defensor – deve estabelecer o firme propósito de manutenção da higidez do acordo no decorrer do tempo, afinal, o desejo de validade e efetividade da colaboração é consequência natural do contrato e premissa aos benefícios dele decorrentes” (WUNDERLICH, 2017, p. 27).

A Lei 12.850/13 baseia-se expressamente em técnica de teoria dos jogos, dispondo, por exemplo, que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva e voluntária colaboração com a investigação e com o processo criminal (art. 4º, § 4º, I e II). A imunidade em face da denúncia é, sem dúvida, o maior benefício, quando comparado com os demais previstos nessa lei, como o perdão judicial (art. 4º, *caput*), a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade (art. 4º, *caput*), a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 4º, *caput*), ou aqueles aplicados após a sentença, como a diminuição da pena até a metade e a progressão de regime, sem os requisitos objetivos (art. 4º, § 5º).

Aproxima-se, aqui, do modelo matemático estratégico de tomada de decisão por parte de agentes racionais amplamente disseminado como exemplo da teoria dos jogos, denominado “O Dilema do Prisioneiro”, cuja estrutura lógica, em que ambos os jogadores tem estratégias dominantes, é utilizado em um grande número de problemas em economia, ciência política, sociologia e direito (HILBRECHT, 2014, p. 119-120).

O contexto original do dilema dos prisioneiros envolve dois suspeitos de um crime, que são capturados e colocados em celas separadas, sem comunicação. A polícia não tem sólidas evidências de que cometeram o crime e oferece a cada um separadamente a chance de confessar e delatar o outro. Se nenhum confessar, ambos serão condenados por causa de um delito menor, pegando dois anos de cadeia cada um. Se ambos confessarem, pegarão uma pena maior por causa da maior gravidade do delito, mas terão um redutor na pena por terem cooperado com a investigação. Neste caso, cada um passará seis anos na cadeia. Se um confessar e o outro não, o que confessou pegará apenas um ano de cadeia e o outro pegará dez anos. A estratégia dominante é confessar (HILBRECHT, 2014, p. 119-120).

Ou seja, o Dilema do Prisioneiro é um jogo em que a melhor resposta que um jogador pode dar à escolha do outro, qualquer que seja a ação por ele praticada, é traí-lo, trair a parceria, parecendo óbvio que um jogador maximizará sua própria

recompensa apenas se cooperar com a autoridade e não com o outro jogador (AVILA; FERNANDES, 2014, p. 18-20).

Suponha-se uma empresa com n pessoas envolvidas em grande número de ações de corrupção e de lavagem de dinheiro, havendo forte conteúdo probatório desfavorável e alta probabilidade de condenação. Se cada jogador chegar à conclusão, mediante análise racional estratégica, de que é melhor colaborar (para obter, por exemplo, unificação de penas em patamar aceitável, perdão judicial, regime de cumprimento domiciliar mais brando, salvaguarda de bens, proteção da família etc.), dadas as estratégias provavelmente escolhidas por seus $n-1$ adversários, então o resultado se estabiliza, havendo equilíbrio, e não há incentivo para que nenhum mude seu rumo. Com efeito, promover uma alteração unilateral (*i.e.*, a retratação), sem que os demais também alterem as respectivas estratégias, não tem força para melhorar a situação do indivíduo desistente. Atinge-se, portanto, o denominado Equilíbrio de Nash, em que, estabilizado o jogo com as estratégias dominantes dos jogadores implantadas, nenhum deles tem a ganhar mudando a sua estratégia unilateralmente.

Aliás, destaca-se o *efeito adesão*, por força do qual, se todos estão falando, a melhor alternativa é cooperar também, uma vez que as provas estão ficando cada vez mais robustas e comprometedoras. Com efeito, outro claro incentivo à decisão de realizar acordo de colaboração premiada consiste em saber que seu comparsa negocia acordo como Ministério Público, o que explica, em parte, a tendência de aumento exponencial do número de colaboradores (quanto mais investigados colaboram, mais surgem novos investigados querendo colaborar), o que aconteceu, inclusive, na Operação Lava Jato e na Operação Mãos Limpas, da Itália (FONSECA, 2017, p. 220).

No sistema da Lei 12.850/13, porém, na dicção legal apenas o *primeiro* a prestar efetiva e voluntária colaboração (art. 4º, § 4º, I e II) é que poderá obter o benefício específico – o melhor dos benefícios - de não ser denunciado. Essa possibilidade, aliás, incentiva os investigados em agirem com a maior rapidez possível, porque somente um – o primeiro a delatar - conseguirá essa posição no jogo.

Em relação aos demais benefícios como o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos, mais agentes poderão colaborar no mesmo caso e ter acesso a eles. Entretanto, somente até certo ponto, pois a investigação pode se tornar saturada com as provas que vão sendo produzidas em função de delações anteriores, que não seja mais necessário - por falta de novidade probatória e de utilidade para a instrução do processo - firmar novos acordos. Desse modo, há limite temporal para que o agente pondere se delata ou não o esquema e a organização criminoso, sabendo que seus comparsas estarão fazendo o mesmo, tentando definir se colaboram ou não, de acordo com a ótica do custo-benefício de cada um. É um jogo em que o tempo e a corrida para colaborar são extremamente importantes, haja vista a possibilidade de se conseguir somente o pior dos benefícios (diminuição de pena) ou mesmo de perder a oportunidade de qualquer barganha. Ou seja, quem colabora, é beneficiado. Quem colabora primeiro, beneficia-se mais ainda. Quem colabora por último, pode conseguir benesses piores. E quem não colabora arrisca-se a sofrer condenação criminal a uma elevada pena, além de perder todos os bens e direitos conseguidos por meio do crime.

A decisão de colaborar ou não, ou seja, justamente o *dilema do prisioneiro*, passa pela escolha da mais adequada *estratégia defensiva*. Se a imputação fática e o

respectivo conjunto probatório forem contundentes no sentido de elevada probabilidade de uma rigorosa condenação, o melhor jogo pode ser a colaboração. Caso contrário, se tudo indicar que possivelmente haverá a absolvição, o enfrentamento do processo penal litigioso pode ser a mais apropriada linha defensiva.

No direito americano, essa análise é auxiliada pelo conceito da *Best alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA), que representa o melhor que a parte terá caso não chegue a um acordo (FISHER; URY; PATTON, 2012). Presumindo que a melhor escolha terá fundo racional e não meramente sentimental, pode ser que o melhor resultado possível não se obtenha com a celebração do acordo, mas com o enfrentamento do processo litigioso. Celebrar ou não o acordo passa, portanto, por uma escolha em que o papel do advogado é essencial. Silenciar, negar a autoria, negar a materialidade, negar o dolo, negar parte dos fatos, confessar parcialmente ou colaborar? O que é melhor? Quanto pior a situação vislumbrada se não houver a delação, pior a BATNA e, pois, mais vantajoso o acordo. Quanto melhor a alternativa ao acordo, melhor a BATNA e não a opção da colaboração. São nada mais que meandros da disputa, em que uma acurada análise de custo-benefício é essencial, com assento firme na racionalidade da escolha, em que todos os prós e contras de todos os caminhos devem ser sopesados, para subsidiar uma decisão segura e clara.

Todo esse procedimento não passa de um grande jogo, competitivo, com qualidades lúdicas e agonísticas, que se inicia antes mesmo da discussão sobre os termos do acordo, em fase anterior, de cálculo e sopesamento, pelo delator, dos custos e benefícios que lhe serão carreados com a celebração. Por sua vez, a discussão da proposta, não raro marcada por idas e vindas, em inúmeras reuniões é, marcadamente, beligerante e contraditória, compondo um embate lúdico de forças que se enfrentam, com o escopo de conseguir as maiores vantagens possíveis no resultado final (benefícios *versus* resultados e eficácia da colaboração). E o desenvolvimento do processo também é chamativamente lúdico e combativo, pois que o réu colaborador tem que permanecer firme, à disposição das autoridades, apresentando documentos e participando de atos e audiências instrutórias diversas e colaborando eficazmente para a responsabilização de ex-parceiros, ao tempo em que defende a eficiência da delação e exige a concessão dos benefícios prometidos. Sendo um negócio jurídico processual e tendo cumprindo o beneficiário sua parte na avença, exsurge o indeclinável dever estatal de cumprir seu desiderato e de conceder o prêmio como contraprestação devida. Todos cumprindo suas partes no jogo, segundo as regras preestabelecidas, ele terá terminado e haverá mais vencedores do que vencidos.

4 RACIONALIDADE ECONÔMICA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Apesar das vantagens que podem advir com a obtenção de informações em troca de prêmios, determinados autores criticam o instituto da delação, observando que não é propriamente bem vista em função da imagem associada à figura do traidor, também conhecido como “judas”, que traz à tona características relacionadas à baixaza, ao egoísmo e ao aviltamento do ser humano.

Afirma-se, por exemplo, que a delação premiada sempre representou, juntamente com a prática da tortura, uma das ferramentas fundamentais dos processos arbitrários, em especial os medievos de índole inquisitorial (EL TASSE, 2006). Sob o enfoque ético, aduz-se que delação nada mais é que a traição, a falta de

lealdade, não podendo, em circunstância alguma ser considerado o ato de traição algo positivo, prestigiado, objeto de aplausos. E seu emprego estaria baseado numa visão utilitarista de justiça, em que fins justificam meios, abandonando-se barreiras éticas importantes (EL TASSE, 2006).

De fato, a delação passa pelo caminho necessário da traição dos parceiros do crime. Não há como se negar isso, embora também seja verdadeiro que a nova parceria formada por meio do acordo de colaboração possa resultar em dividendos de interesse público (punições e recuperação de valores desviados dos cofres públicos). Apresentam-se, então, dilemas de ordem ética e moral, cabendo indagar-se até que ponto se poderia recompensar o infrator que tenha colaborado na investigação e no processo criminal, com o perdão judicial, o não oferecimento da denúncia, a redução significativa da pena privativa de liberdade (até dois terços) ou sua substituição por restritiva de direitos, utilitariamente, ao invés de aplicar-lhe uma resposta penal severa por seus delitos.

Não se olvide, entretanto, a força da colaboração premiada para a investigação das organizações criminosas e o combate ao crime organizado, protegendo bens essenciais para a vida em sociedade.

Ademais, a delação premiada é capaz de prover meios de demonstração da verdade real. Obviamente, deve ser aferida a credibilidade do delator (requisito intrínseco subjetivo). Porém, o simples fato de ter praticado ilícitos penais não torna, por si só, imprestável a palavra do criminoso que usa a traição para se beneficiar. Se o colaborador cumprir o acordo celebrado e apresentar elementos probatórios corroborantes e enunciados que possam ser tomados por verdadeiros pelas autoridades que exercem o poder, isso pode sustentar uma condenação. O propósito utilitarista e efficientista e que anima os investigadores a desmontar as organizações criminosas, punir os envolvidos e recuperar eventuais recursos públicos desviados podem justificar a existência do instituto da colaboração premiada.

No plano subjetivo, ressalte-se que não há necessidade da espontaneidade, da intenção sincera e honesta de apresentar a verdade e de auxiliar as autoridades, fazendo-se desnecessário perquirir a motivação positiva do colaborador, se por arrependimento sincero, honestidade ou mero cálculo utilitarista. Consta-se ser requisito legal apenas a voluntariedade, ou seja, a manifestação que deriva da vontade própria do agente, sem coação física ou moral, admitindo-se a validade do ato mesmo se a intenção for deplorável (*i.e.*, vingança, ódio, perseguição), desde que os depoimentos e elementos probatórios conduzam à apuração da verdade.

É também objeto de acirrada crítica a questão da voluntariedade do colaborador que, ao celebrar o acordo jurídico-processual, encontra-se preso provisoriamente, havendo argumentos favoráveis e contrários à legitimidade do ajuste celebrado nessas circunstâncias. Quer dizer, seria admissível, no plano ético, a discussão e assinatura de um acordo no momento de maior vulnerabilidade e fragilidade do colaborador, ou seja, quando sua liberdade está restringida e ele experimenta a insegurança, a pressão, o desconforto e o medo inerentes ao cárcere?

Ocorre que a liberdade psíquica do agente (ausência de coação) é elemento essencial, não podendo haver vício de vontade, como erro, simulação ou coação. A liberdade física, entretanto, não é condição legal, pouco importando para o

acordo se o réu está preso ou solto, desde que haja voluntariedade. Esta, sim, é requisito do juízo de homologação, podendo o juiz, para fim de aferir a liberdade psíquica, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (Lei 12.850/13, art. 4º, § 7º).

Obviamente, valer-se o estado de prisões arbitrárias e ilegais para forçar alguém a celebrar um acordo violaria direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que não pode ser utilizada como mero instrumento de investigação. Por outro lado, entretanto, se presentes os requisitos da prisão cautelar, retirar do preso o direito de fazer um acordo de colaboração premiada violaria a autonomia da vontade e a ampla defesa, pois lhe seria cerceada uma estratégia defensiva importante, desrespeitando-se sua liberdade de escolha. O critério adotado pela lei para o jogo da colaboração, portanto, afigura-se correto, não havendo qualquer impedimento para que o investigado preso faça o acordo, principalmente quando estiver preso, quando urge que recupere a liberdade.

O que não se admite é a falsidade, destacando-se a regra de corroboração, em face da qual “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (Lei 12.850/2013, art. 4º, §16), que limita o livre convencimento do juiz na utilização da delação como elemento probatório contra os delatados. É determinante, portanto, a exigência legal de que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova. Além disso, saliente-se que o direito ao contraditório e a confrontação das imputações pelos delatados contribui essencialmente para que se chegue à verdade real. E, finalmente, há graves consequências para o colaborador que produz falsidade, como responder pelo crime de falsa colaboração (art. 19 da Lei 12.850/2013) e perder os benefícios auferidos.

O colaborador, dessa forma, assumirá o compromisso de dizer a verdade e não poderá ficar em silêncio, para que obtenha vantagens. E, se mentir, sofrerá as consequências jurídico-penais advindas do descumprimento do acordo de delação premiada, inclusive o cumprimento das penas pelos delitos praticados, sem qualquer benesse. A colaboração premiada pode ser considerada, porquanto, um modo de veridicção sujeito a controles e filtros da falsidade, mesmo que não corresponda a uma fala franca engajada, corajosa e descompromissada, mas a um pronunciamento que busca, sobretudo, a obtenção de benefícios (perdão judicial, redução da pena etc.), num ajustamento bilateral, de natureza obrigacional. Como meio de produção de provas instaurado com o escopo de se chegar à verdade real, é certamente um modo importante de se chegar à verdade, desde que o agente colaborador cumpra o acordo celebrado e apresente enunciados verdadeiros ou que possam ser tomados por verdadeiros pelas autoridades que exercem o poder, além dos elementos probatórios corroborantes.

Aliás, tomando-se por base a formulação de Foucault, de que a verdade não tombaria do Cosmos, das idéias acima de qualquer suspeita, à Terra, mas das relações entre os homens, inserindo-se em jogos que regulariam o modo de produção de seus enunciados e as regras de produção de sua legitimidade, seria admissível que, respeitando-se o procedimento legal imposto para a celebração da delação, fossem produzidos elementos de prova dotados de verossimilhança, ou tidos como próximos da verdade pelo sistema de poder. Foucault, crendo que verdade não existe fora do poder ou sem poder, afirma que ela é deste mundo, é produzida nele

graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder (FOUCAULT, 1999, p. 12). Segundo ele,

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro (FOUCAULT, 1999, p. 12).

Questionando como Foucault formulou o conceito de *jogos de verdade*, Joel Birman aduz que foi forjado a partir do conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein (1961) e que, para ambos, afirmar que se trata sempre de um jogo, seja da linguagem seja da verdade, implica sublinhar a presença de uma regra que preside e que seria constitutiva do jogo enquanto tal (BIRMAN, 2002, p. 306-307). E a regra seria inventada e arbitrária, não no sentido negativo da arbitrariedade, pois, como produção social, artificial e não natural, seria previamente convencionada e haveria sempre seu compartilhamento pelos possíveis jogadores, tanto nas autorizações como nas proibições, fundando tanto os jogos de linguagem quanto os de verdade (BIRMAN, 2002, p. 307).

As regras do jogo da colaboração premiada estão estabelecidas previamente pela Lei 12.850/13, enunciando-se que o juiz poderá conceder o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritivas de direitos, prevendo, como condicionantes, a ocorrência de resultados como a identificação de coautores e partícipes e as respectivas infrações praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais e a localização da vítima e preservação de sua integridade física (art. 4º). Além de exigir a eficácia da colaboração para a obtenção dos benefícios, fixa as hipóteses em que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia ou requerer a suspensão do prazo para o oferecimento, enuncia os direitos do colaborador e determina o procedimento e as funções das partes envolvidas no negócio processual. Essas são as regras que devem cumpridas pelos interlocutores do jogo de verdade que tem por escopo a busca da verdade ou de indícios da verdade, que possibilitem a investigação e o combate ao crime organizado.

Em face de delitos que causam dano ao erário público, como o delito de corrupção, em que é recomendável prever, no acordo, cláusula de retorno, aos cofres públicos, dos recursos ilicitamente desviados, defende-se o importante custo-benefício que advém para a sociedade, ao contar com leis que prevejam e estimulem acordos de colaboração premiada visando à recuperação do produto do crime, e quais seriam as vantagens sob a ótica do colaborador, raciocinando-se à luz da análise econômica do direito (FONSECA, 2017, p. 197 e segs).

Embora seja criticável o endeusamento da economia para a explicação do comportamento humano e a definição dos institutos jurídicos, a partir de mecanismos econômicos faz-se mister reconhecer que os parâmetros de eficiência e utilidade proporcionados pelo instrumento da colaboração premiada no combate ao crime organizado são de extrema importância para a justificação do instituto, sendo evidente

sua conexão com a concretização do valor justiça e a proteção de direitos fundamentais, na medida em que se combate essa odiosa criminalidade.

Com efeito, “o corrupto gera um alto custo social, não apenas sob o aspecto dos recursos públicos subtraídos, mas também pelo exemplo nos casos de impunidade. Se o Direito é um indutor de comportamentos, é importante saber se acordos de colaboração premiada firmados com acusados de crimes de corrupção induzirão comportamentos indesejáveis, ou seja, se evitará que as pessoas pratiquem novos crimes. Se a colaboração premiada tiver esse caráter dissuasivo (*deterrence*) estar-se-á diante de um claro benefício para a sociedade” (FONSECA, 2017, p. 209).

A realização dos direitos fundamentais, além disso, demanda prestações estatais positivas, que possibilitem alcançar os objetivos fundamentais do desenvolvimento nacional, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º). Aliás, a concretização e a eficácia social, no mundo fenomênico, dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana, em sua completude material, constitui, em última instância, a principal razão de ser do próprio estado. Há que se atentar, todavia, para os custos da implementação desses direitos, mormente dos direitos sociais de cunho prestacional, cuja relevância econômica reflete, indiscutivelmente, no processo de sua efetivação, marcado pela agudeza da crise que atinge a capacidade econômica estatal.

Ocorre que o desvio doloso de recursos públicos contribui para o desfalque dos cofres públicos e para o dispêndio das verbas estatais, obstaculizando o desenvolvimento nacional, acarretando custos elevados ao país, afetando a credibilidade das instituições e afastando investimentos estrangeiros. Dificulta, portanto, a realização dos direitos fundamentais no plano da eficácia social. Deve-se zelar, portanto, por uma eficiente proteção jurídico-penal, tanto do patrimônio público quanto do correto exercício da atividade pública, para que funcione conforme os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

A gravidade e os efeitos dos problemas decorrentes da corrupção pública e de outros delitos econômicos e de seus vínculos com diversas formas de delinquência, principalmente na forma organizada estão sendo sentidos nunca como antes pela sociedade brasileira, marcada profundamente pela crise econômica e pelo desejo de que a corrupção, que tem dilapidado os cofres públicos em benefícios de interesses privados, seja exemplarmente punida, além de outros delitos que depauperam economicamente o país.

Com efeito, a corrupção, por exemplo, afeta as instituições e os valores democráticos republicanos, compromete a estabilidade política e o desenvolvimento nacional ao permitir o desvio de numerário que poderia ser aplicado na saúde, educação, segurança, alimentação, moradia, previdência etc., enfim, na implementação de direitos fundamentais. Por outro lado, ao tempo em que a demanda por serviços estatais é continuamente ampliada, a base de financiamento tradicional, que é principalmente a tributação, atingiu limite máximo, por questões econômicas, políticas e sociais, tornando-se imprescindível intensificar a discussão sobre o controle e a proteção do patrimônio público em face dos desvios ilícitos perpetrados. Discute-se, na atualidade, um grande sacrifício da sociedade, que é a nova reforma da Previdência Social, com medidas draconianas e confiscatórias, inclusive.

Aliás, hodiernamente tem-se a corrupção e outros delitos econômicos não como um problema local, mas como um fenômeno transnacional, que afeta a sociedade e a economia global, fazendo-se necessário um esforço internacional para combatê-la.

Diante desse quadro, revela-se viável, pertinente e necessário utilizarem-se instrumentos eficazes contra a criminalidade organizada, com o máximo alcance de eficiência, à luz do princípio republicano, do princípio democrático e dos princípios penais e processuais penais fundamentais.

A eficiência, aliás, é norte a ser seguido na execução dos acordos, pois se verifica-se que o juiz somente concederá benefícios ao agente que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação, desde que da colaboração tenha havido a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas ou um dos outros resultados previstos nos incisos do artigo 4º da Lei 12.850. Deverá levar em conta a “eficácia da colaboração” (art. 4º, § 1º) e poderá, inclusive, a qualquer tempo, conceder o perdão judicial, ainda que não previsto na proposta inicial, “considerando a relevância da colaboração prestada” (art. 4º, § 2º).

Dessa forma, “é correto afirmar que a colaboração é benéfica para a sociedade, uma vez que, a par de recuperar os recursos desviados, desincentiva as pessoas a se associarem em quadrilha ou comporem organização criminosa para os fins de cometer crimes contra a administração pública e corrupção de um modo geral” (FONSECA, 2017, p. 209).

Fica claro, portanto, que, se há custos para a sociedade ao negociar com criminosos, é certo que, por outro lado, os benefícios advindos os superam, sendo possível afirmar que “a colaboração premiada pode ser eficiente sob o ponto de vista de Kaldor-Hicks. De fato, os benefícios da sociedade (ainda que haja uma minoria que com eles não concorde) são superiores aos custos. Da mesma maneira, os benefícios para o colaborador, em determinadas situações, são maiores que as perdas. Há um equilíbrio nessa interação, cada agente maximizando seu interesse, e aparentemente havendo custos que podem, em tese, ser compensados” (FONSECA, 2017, p. 209).

Considerando os benefícios sociais econômicos advindos com o combate ao crime organizado, é perfeitamente possível sustentar-se a eticidade e a moralidade da colaboração premiada e da ação estatal negociadora de benefícios em troca de munição para o combate ao crime, utilizando-se de meios apropriados, que respeitem as garantias fundamentais, para a obtenção de fins lícitos. Se realmente problemas éticos a serem resolvidos, não residem eles no âmbito do próprio instituto da delação e em sua regulação, mas talvez na atuação dos agentes responsáveis pela persecução penal, em fatos concretos, nas inúmeras operações em andamento no país, em certos casos rumorosos da vida nacional.

Não obstante, o jogo e a teoria do jogo podem se transformar em importantes ferramentas matemáticas e orientar a tomada de decisões na esfera da racionalidade econômica, em que a análise da equação custo-benefício é essencial, como se dá na elaboração de um acordo de colaboração premiada, tudo com vistas à proteção dos recursos públicos destinados à concretização de direitos fundamentais.

A partir desse enfoque econômico, portanto, é possível defender a importância da colaboração premiada como instrumento que, sob a ótica da eficiência, pode proporcionar ao estado ferramentas para o combate ao crime organizado e à proteção do erário público, que lhe permitam realizar os próprios fins estatais. Não se trata de idolatria do econômico, do utilitário e do racional, mas de valorização da justiça material, que só se materializa com a satisfação das necessidades mais básicas dos indivíduos, que faz pender a análise de custo-benefício em prol da mais ampla utilização do instituto para o combate firme ao crime organizado, ainda que cedidos benefícios ao colaborador, certamente muito menores que as gigantescas perdas do estado e da sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada, como meio de obtenção de provas, é aperfeiçoada por meio de um negócio jurídico bilateral (contrato) personalíssimo judicialmente homologado como regular, voluntário e legal, firmado entre o Ministério Público e o investigado, acusado ou condenado.

A natureza, o regramento, os benefícios, as obrigações e o complexo processo de negociação que envolve o instituto revelam ser um jogo competitivo e beligerante, com qualidades lúdicas e agonísticas, compondo um embate de forças que se chocam e se compõem, com o escopo de alcançar os melhores resultados possíveis para os agentes participantes.

É evidente a utilização da teoria dos jogos na colaboração premiada, haja vista representar um jogo complexo da vida, com regras próprias, castigos e benefícios, provocações de comportamentos, dilemas, decisões e negociações, traições e autoincriminações, com indistigável caráter lúdico e agonístico, na busca maximizada pelos maiores ganhos e recompensas.

A colaboração passa pelo antecedente lógico necessário que é a traição dos parceiros do crime, o que não se nega, embora também seja verdadeiro que a nova parceria formada por meio do acordo de colaboração possa resultar em dividendos de interesse público (punições e recuperação de valores desviados dos cofres públicos).

O propósito utilitarista e eficientista e que anima os investigadores a desmontar as organizações criminosas, punir os envolvidos e recuperar eventuais recursos públicos desviados são bastantes para fundamentar e justificar a existência do instituto da colaboração premiada, à luz da racionalidade econômica.

O jogo e a teoria do jogo assumem, na colaboração premiada, o papel de importantes ferramentas matemáticas e orientam a tomada de decisões na esfera da racionalidade econômica, em que a análise da equação custo-benefício é essencial, como se dá na elaboração de um acordo de colaboração premiada, tanto pelo delator como pelas instituições legitimadas, tudo com vistas à proteção dos recursos públicos destinados à concretização de direitos fundamentais.

A partir de um enfoque econômico é possível defender a importância da colaboração premiada como instrumento que, sob a ótica da eficiência, pode

proporcionar ao estado ferramentas para o combate ao crime organizado e à proteção do erário público, que lhe permitam realizar seus próprios fins, não se tratando de sobrevalorizar o econômico, o útil ou o racional em detrimento da justiça, mas de se buscar uma equação de custo-benefício favorável à concretização de direitos fundamentais e da justiça material, defendendo-se o estado e a sociedade dos ataques da criminalidade organizada, sobretudo a econômica.

REFERÊNCIAS

AVILA, Bêrni Duilio de; FERNANDES, Brena Paula Magno. **Teoria dos jogos: crenças, desejos, escolhas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIRMAN, Joel. Jogando com a Verdade: uma leitura de Foucault. In: **PHYSIS, Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 12(2):301-324, 2002.

EL TASSE, Adel. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Ciências Penais**, vol. 5, jul-dez 2006, p. 269 – 283, São Paulo.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. *Getting to a yes*. Negotiating na agreement without givin in. 3. ed. **Business Book: Kindle edition**, 2012). (p. 62).

FOUCAUT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**. São Paulo: RT, 2013.

HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo (Coords). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017, p. 53-104.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Curitiba: Empório do Direito; Rei Livros, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-14 e 33).

WUNDERLICH, Alexandre. **Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo (Coords). **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017, p. 17-29.

O FEMINISMO COMO FERRAMENTA DE POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE E PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE GÊNERO

- Considerações sobre a Lei Maria da Penha e o Feminicídio –

Amanda Corrêa da SILVA⁶³
Guilherme Bittencourt MARTINS⁶⁴

RESUMO: O presente trabalho é realizado pela pesquisas e debates durante a pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal na Faculdade Anhanguera de Bauru, que visa abrange de forma clara o feminismo como ferramenta importante para combater e prevenir a violência domestica e de gênero no Brasil. Durante o texto, é ressaltada os conceitos do feminismo e do machismos, que é confundido por boa parte da pessoas como sinônimos, sendo que feminismo representa igualdade de gêneros , e machismo uma diminuição e descriminação de gêneros em especial a mulher. Demonstra ainda através de pesquisas , que a machismo é um dos maiores predecessores da violência domestica, e com o feminismo conseguimos combater essa cultura , e demonstrar um outro olhar na proteção dos direitos das mulheres, e com isso reduzir a violência domestica.

Palavras chaves: feminismo; violência domestica ; machismo

ABSTRACT: The present work is carried out by the researches and debates during the postgraduate in Criminal Law and Criminal Procedure in the Faculty of Anhanguera de Bauru, which aims to clearly cover feminism as an important tool to combat and prevent domestic violence and gender in Brazil. During the text, the concepts of feminism and machismo are highlighted, which is confused by many people as synonyms, being that feminism represents gender equality, and machismo a decrease and discrimination of genres, especially women. It also demonstrates through research that machismo is one of the greatest predecessors of domestic violence, and with feminism we have been able to combat this culture, and demonstrate another look at the protection of women's rights, and thereby reduce domestic violence.

Keywords: feminism; domestic violence; chauvinism

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica e de gênero, instituídas há inúmeras gerações no Brasil e no mundo são produtos de uma cultura estruturada no machismo, a qual fomenta padrões, costumes e comportamentos que privam a mulher de seus direitos e garantias como seres humanos. No decorrer do tempo a história vem sendo marcada por movimentos femininos importantes que trouxeram como objetivo a luta pela igualdade de gênero, criando, como consequência a ideologia feminista. O reconhecimento dos Direitos Humanos passou, só então, a abranger a mulher como um indivíduo digno. Desta forma, num contexto de Estado Democrático de Direito, as legislações obrigaram-se a realizar a proteção da mulher. No Brasil, após gradativas evoluções, a maior representação legislativa se dá na Lei. 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” e mais recentemente na criação do crime de “Feminicídio”.

O Mapa da Violência de 2015 (FLACSO, 2015), apontou o Brasil como o 5º colocado no ranking de violência doméstica e de gênero. Coerente aos dados, a violência contra a mulher vem sendo trazida às manchetes de todo jornalismo nacional com

⁶³ Advogada, Bacharel em direito pela Faculdade Anhanguera de Bauru, Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Anhanguera de Bauru-SP. Membro da Comissão OAB Vai à Escola e da Comissão Mulher Advogada da 169ª Subseção da OAB Pederneiras-SP.

⁶⁴ Advogado, Aluno Especial do Doutorado em Direito pela USP-SP. Mestre em Direito Constitucional pela ITE-Bauru, Especialista em Formação de Professores para Educação Jurídica pela Uniderp. Professor de Graduação e Pós- Graduação da Faculdade Anhanguera de Bauru-SP. Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade Anhanguera de Bauru-SP. Professor na Faculdade de Direito – OAPC Superior na Cidade de Santa Cruz do Rio Pardo-SP.

tragédias em números exorbitantes, ao passo que a legislação penal embora bastante abrangente, não tem se mostrado absolutamente eficaz e suficiente para a prevenção da violência e mitigação da cultura machista que a fomenta.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE GÊNERO

2.1 Machismo: causa e consequência

Antes de dissertar sobre a própria violência doméstica e de gênero, faz-se necessário contextualizar o cenário que a propulsiona: O machismo. Conforme define o Dicionário Houaiss, o “machismo” abrange todo comportamento tendente a negar à mulher a extensão de prerrogativas ou direitos do homem. Popularmente, é trazido como o conjunto de comportamentos que atribuem ao ser humano do gênero masculino superioridade diante do gênero feminino, de modo que seus padrões e conceitos venham a impor uma cultura própria de supressão, inclusive, de direitos fundamentais como a igualdade e a dignidade. Pierre Bourdieu em seu livro *“La domination masculine”* traz que a própria força resultante da ordem masculina se evidencia no fato desta dispensar qualquer justificacão. De modo que, a visão androcêntrica se impõe com neutralidade, sem a real necessidade de qualquer legitimação. A sociedade, então, torna-se uma máquina que ratifica a dominação masculina na qual tem suas estruturas: a divisão do trabalho, a restrição de atividades atribuídas ao sexo feminino, a maternidade, a ausência de participação política. (BOURDIEU, 2012, p. 18).

Como consequência à essa natural supressão de direitos, a sociedade criou estereótipos que padronizam e instituem o machismo como elemento intrínseco dentro de cada família e da sociedade, muitas das vezes determinando e valorando o que se entende por certo e errado com base e justificativa unicamente pautada no gênero. Assim, considerando que a cultura de um país é resultado de um processo histórico que, por meio dos atos e costumes compõem um conjunto a ser passado a diversas gerações, e que o machismo entra nessa cultura com valores e comportamentos que atribuam superioridade ao homem sobre a mulher, pode compreender-se que a desigualdade de gênero, fundamentada no machismo estrutural, é o grande embrião da violência doméstica e de gênero, ao passo que esta se torna sua mais grave consequência.

2.2 Definições e diferenciação

O vocábulo “violência doméstica” define-se como todo e qualquer ato de maus tratos que venham a se desenvolver no âmbito de um grupo familiar. (SOUZA, 2013, p. 41). A violência de gênero, conforme leciona Alice Bianchini, envolve exatamente a determinação social dos papéis masculino e feminino que em sua maioria ocorre deturpadamente com desigualdade e desrespeito a preceitos fundamentais. (BIANCHINI, 2016). Reflete-se em comportamentos que pregam a superioridade masculina diante do trabalho, habilidades motoras, psicológicas, físicas e como justificativa para crimes de ódio com base no gênero, numa relação de “dominante e dominado” (DIAS, 2015, pag.24).

A Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como “Maria da Penha” associou a violência doméstica e de gênero, vindo a resguardar não somente a mulher, mas tutelar uma diversidade de bens jurídicos, dentre os quais o principal é a família,

base da sociedade. (DIAS, 2015, p.48). Em seu Art. 5º traz a devida interpretação para a violência doméstica bem como suas diversas espécies:

configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Assim, conforme traz Maria Berenice Dias, pode-se entender a violência doméstica como qualquer uma das ações dispostas no Art. 7º, como violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral praticada contra a mulher em razão do vínculo de origem afetiva ou familiar. (DIAS, 2015, p.49). A “unidade doméstica” expressa pelo Art.5º, I deve ser compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. Ainda que esta interpretação esteja expressa na legislação é importante salientar, em consonância com o que traz o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, que a agredida no ambiente doméstico, deve por óbvio fazer parte da relação familiar, não bastando somente ser mulher e estar na casa de alguém. (NUCCI, 2014, p. 864)

Cabe ainda frisar que embora estejam normalmente ligadas, a violência de gênero não tem a obrigatoriedade de ocorrer em detrimento de vínculo afetivo ou familiar, uma vez que se correlaciona com o sentimento de misoginia.

2.3 O ciclo da violência

Neste panorama, é pertinente a explanação do que vem a ser denominado “ciclo da violência doméstica”. Em um cenário de violência com base no gênero, a submissão da mulher ao homem e aos estereótipos a estes atribuídos é essencial, de modo que o desrespeito a estas falácias tomadas como padrões é motivo suficiente e justificável para as mais diversas formas de agressão.

A mulher, suprimida de sua liberdade diante de uma criação e tratamento submisso e dependente do homem, ao ver-se nesta situação sente-se acuada e incapaz. A violência moral e psicológica as fazem acreditar nesta incapacidade e a sociedade com prejulgamentos e preconceitos moldados há séculos, descredibiliza sua palavra juntamente com a atuação equivocada e negligente do próprio Estado, motivos que geram seu silêncio diante desta situação. Sem amparo algum, após a ocorrência da violência, o agressor se demonstra arrependido e tenta retomar a boa relação com vítima, que, fragilizada por todo o contexto já explanado, “perdoa” e se mantém no relacionamento. Após a fase de “lua de mel”, como ensina Maria Berenice Dias, o ciclo recomeça. Extrinsicamente, o ciclo da violência reflete-se no comportamento dos filhos e crianças próximas, que ao presenciarem violências se tornam, em grande parte dos casos, adultos violentos reproduzindo o mesmo cenário de sua infância.

3. O FEMINISMO

É impossível dissertar a respeito dos Direitos das Mulheres, sem falar sobre o feminismo. Para a língua portuguesa, conforme o conceituado dicionário Aurélio, à palavra feminismo é atribuído o significado de “Movimento favorável à equiparação dos direitos civis e políticos da mulher aos do homem.” (FERREIRA, 2001, p. 317).

Allan G. Johnson em seu Dicionário Sociológico que o termo “feminismo” pode ser definido de dois modos. Primeiramente, num sentido mais restrito é considerado um conjunto de ideologias políticas usadas pelo movimento feminista para promover a causa da igualdade das mulheres com os homens e pôr fim à teoria sexista e à prática de opressão social. Já num segundo momento, em sentido mais amplo, compreende-se que o feminismo se constitui como uma diversidade de enfoques utilizados para observar, analisar e interpretar o modo como a realidade social dos gêneros, bem como a desigualdade posta entre eles, se constroem, se impõem e se manifestam, pela ótica tanto em ambientes institucionais como no cotidiano da sociedade. (JOHNSON, 1997, p.109).

O movimento feminista moderno tomou proporções a partir do acontecimento da Revolução Francesa, assim como o reconhecimento de direitos humanos, embasados no pensamento Iluminista à luz da racionalidade. A partir do século XIX, o feminismo pode ser denominado como “emancipacionista”, contextualizado em uma Europa que emergia ao liberalismo. Foi propulsor da luta por igualdade jurídica, direito ao voto, instrução e ao trabalho. No Brasil, o feminismo moderno foi representado pelo sufrágio feminino no ano de 1932, na Era Vargas. Os temas relacionados ao divórcio e ao aborto tiveram destaque em 1970. (CANCIAN, 2008).

Cabe destacar que atualmente esta ideologia tão criticada por décadas, vem sendo reconhecida, desmistificada e popularizada em todos os níveis da sociedade graças a democratização da informação e ao advento de legislações de proteção à mulher, como a Lei “Maria da Penha” e tratados internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) – promulgada pelo Decreto nº 89.460/1984 e a Convenção de Belém do Pará em 1995.

O feminismo vem sendo reconhecido e servindo de base para políticas públicas nacionais e internacionais que visam o reconhecimento de dignidade e igualdade a mulher como ser humano, bem como trazendo reflexões não só de empoderamento às mulheres, mas também de questionamentos sobre estereótipos da própria masculinidade. Assim, nota-se que de maneira alguma o feminismo pode ser considerado antagonista ao machismo, pois enquanto este se preocupa em rediscutir padrões de desigualdade a fim de mitigar estereótipos que causam prejuízo a sociedade como um todo, o machismo se determina na sobreposição de um gênero sobre o outro.

4. COMBATE E PREVENÇÃO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE GÊNERO NO BRASIL

O Brasil durante muito tempo foi omissivo no que diz respeito a proteção dos Direitos da Mulher, embora signatário de Tratados Internacionais como a Convenção da Mulher, assinado em meados de 1984, e a Convenção de Belém do Pará, em 1995 (PIMENTEL, 2000, p.107), só agindo para a criação de Políticas Públicas de proteção a violência doméstica após condenação pela Comissão Interamericana de Direitos

Humanos (OEA). A grande responsável por levar a apreciação internacional da omissão brasileira foi Maria da Penha Maia Fernandes, homenageada pela Lei 11.340/2006, após ser vítima de diversas tentativas de homicídio por seu próprio marido e o ver sair praticamente impune enquanto se encontrava totalmente desamparada.

O enfrentamento à violência de gênero pode ser considerado como o principal objetivo do feminismo mundial na atualidade, sendo uma das principais questões tratadas pelos órgãos da ONU que encontram no feminismo respaldo para as requisições. Em razão disso a Lei 11.340/06 é considerada um divisor de águas no Direito da Mulher no Brasil, sendo o avanço mais relevante no processo de combate à violência de gênero em um âmbito base da sociedade: o doméstico, que por consequência protege não somente a mulher, mas a estrutura familiar como um todo.

4.1 Lei 11.340/2006 como marco do combate efetivo à Violência Doméstica e de Gênero

A Lei “Maria da Penha” trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro mudanças significativas, tanto na maneira de se interpretar conceitos e as legislações já vigentes, bem como na aplicação das penalidades já previstas. Sua divulgação foi imprescindível para a possibilidade da proteção da mulher contra uma violência que é gerada em razão da impregnação do machismo na cultura da organização familiar, e ainda, sua ampla propagação trouxe a própria sociedade a obrigatoriedade de refletir sobre os valores que atribuem a mulher submissão às agressões e violências de todas as formas, como se não tivessem valor e dignidade próprios.

Em conformidade com o que traz o seu Art. 1º, foi criada embasando-se no Art. 226, §8º da Constituição Federal, texto constitucional que garante a proteção e assistência da família e seus membros pelo Estado. É considerada um verdadeiro arcabouço jurídico que tem caráter repressivo, e principalmente, preventivo e assistencial (CUNHA, 2007, p.20). Trata-se ainda de um sistema capaz de abranger regras penais, cíveis e processuais, que possuem um único objetivo: coibir a violência doméstica. No artigo 3º e 8º da lei em estudo, instituiu-se a criação de políticas públicas de enfrentamento, tornando –a obrigação do Estado. Impossibilitou que crimes de cunho de violência doméstica fossem tratados como crimes de menor potencial ofensivo, tendo em vista as graves consequências desta violência no seio familiar. Criou medidas protetivas de urgência contra o agressor e em proteção da vítima. A partir de alterações no ano de 2017 e 2018, instituiu como direito da vítima o atendimento policial e pericial especializado e de preferência por agentes do sexo feminino.

No ano de 2015 o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) divulgou uma estatística que avaliou a efetividade da Lei Maria da Penha, trazendo que houve uma redução de 10% na taxa de homicídios contra as mulheres inseridas num ambiente familiar. (IPEA, 2015) Embora a redução deva ser considerada, cabe lembrar que muitas das vezes, antes de se tornar uma violência que resulte em homicídio, a vítima está inserida em um contexto de outros tipos de violência, as quais não sendo sanadas, resultam em mortes.

4.2– Femicídio

A alteração mais recente, influenciada pelo advento da Lei Maria da Penha diz respeito à criação de uma qualificadora e majorante para o crime de homicídio,

regulado pelo artigo 121 do Código Penal. Denominado de “feminicídio”, a instituição do novo tipo penal veio coincidentemente como resposta a estatística assustadora revelada pela Organização Mundial de Saúde de que o Brasil é o quinto colocado no mundo com as maiores taxas de feminicídios, sendo 4,8 para 100 mil mulheres. Embora seja uma derivação do homicídio, o feminicídio é, concomitante derivação da violência de gênero, aqui já explanada, podendo ser definido como o homicídio de uma mulher pela razão desta ser do gênero feminino, conforme alude Maria Berenice Dias (DIAS, 2-15, p. 83).

O delito de homicídio, de acordo com o Código Penal em seu artigo 121 se define pela conduta de “matar alguém”, tendo como penalidade de 06 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão. Se caracterizado pelas condições expressas no parágrafo segundo, é considerado como circunstanciado tendo sua pena base aumentada para 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Assim, a caracterização como feminicídio representa a gravidade do delito que, nos termos do artigo 121, parágrafo 2º -A, se configura quando o crime é envolvimento de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Neste mesmo contexto a Lei 13.104/2015, que instituiu a qualificadora, acrescentou uma majorante que traz que se configurado o feminicídio, sua pena poderá ainda ser aumentada 1/3 até a metade em hipóteses presentes no Art. 121, parágrafo 7º que diz que: § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (DIAS, 2015, p.85)

Ainda, ao incluir o feminicídio como circunstância que qualifica o crime de homicídio, este foi acrescentado ao rol dos crimes hediondos, na Lei N.º 8.072/1990, assim como os crimes de latrocínio, estupro, etc. São denominados “hediondos” os crimes que o Estado considera de altíssima gravidade, causando aversão a própria sociedade, sendo assim, tornam-se impassíveis de concessão de graça, anistia, indulto e fiança, recebendo um procedimento diferenciado e mais rigoroso do que os crimes comuns, inclusive dificultando a progressão de regime. (PRADO, 2017, p. 13).

Para Carmen Hein de Campos, a criminalização do feminicídio não pode ser considerada suficiente para resolver o grave problema da violência de gênero no país, é necessário que o Estado trabalhe também para evitar que possa se chegar a execução do homicídio, evitando as demais violências contra a mulher. (PRADO, 2017, p.13).

É imprescindível ainda destacar que embora o feminicídio se configure com o homicídio de uma mulher, nem todos os assassinatos de mulheres são feminicídios, pois é necessário que a circunstância do crime seja a motivação por razões de gênero ou violência doméstica. Afim de auxiliar essa análise de configuração ou não do referido tipo penal, o escritório da ONU Mulheres do Brasil em uma parceria com a Secretaria de Políticas Para as Mulheres da Presidência da República fizeram nascer as Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres (ONU Mulheres, 2016). Este documento objetiva aprimorar a investigação policial, o trâmite processual e o julgamento desse tipo penal, auxiliando sobretudo na melhor interpretação e compreensão do problema com que se está lidando. (PRADO, 2017, p. 20).

CONCLUSÃO

Conforme leciona Eugenio Raúl Zaffaroni, a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que inelutavelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos. (ZAFFARONI, 1999:132). É necessário compreender que o Direito Penal tem como função não somente a repressão de delitos, mas também de prevenir sua ocorrência.

Após diversas criações legislativas internacionais e nacionais, busca-se que a igualdade e a dignidade da mulher sejam reconhecidas em todas as sociedades, entretanto, resta claro que a disparidade de gênero não se modifica somente por meio de leis, uma vez que a cultura machista é o grande impasse que traz ineficácia as legislações, que há tempos assola mulheres de todas as classes, raças e países. Muito mais que legislações é necessário que as ideologias que embasam a cultura sejam alteradas.

Embora a própria Lei 11.340/2006, em seu artigo 3º, §1º e artigo 8º, tenha estipulado a obrigação da criação de políticas públicas conjuntas entre todas as esferas do Estado (Federal, estadual e municipal), este deixa muito a desejar na qualidade do atendimento e nas formas de conscientização da sociedade em geral, em período escolar ou não. Como exemplo, cabe mencionar que mesmo essa obrigação tendo sido criada no ano de 2006, apenas no início deste ano de 2019 o Governo do Estado de São Paulo sancionou a Lei nº 16.926, de 16/01/2019 que institui a denominada “Campanha Estadual Maria da Penha” com o objetivo de **I** - contribuir para o conhecimento da comunidade escolar acerca da Lei Federal nº 11.340/2006- Lei Maria da Penha; **II** - impulsionar as reflexões sobre o combate à violência contra a mulher; **III** - conscientizar adolescentes, jovens e adultos, estudantes e professores que compõem a comunidade escolar sobre a importância do respeito aos direitos humanos e sobre a Lei do Feminicídio, prevenindo e evitando as práticas de violência contra a mulher; **IV** - esclarecer sobre a necessidade da efetivação de registros de denúncias dos casos de violência contra a mulher nos órgãos competentes, onde quer que ela ocorra. Foram necessários cerca de 13 anos para que fosse implantada uma política pública com a finalidade de conscientização e reestruturação cultural em um dos Estados mais populosos do Brasil.

Outro ponto importante a se discutir, diz respeito a problemática da subnotificação criminal que nada mais é que um termo utilizado para designar a situação em que os registros policiais representam somente parte do que acontece de fato.

Desta forma, os números disponibilizados pelos órgãos públicos no tocante as denúncias oriundas da violência doméstica e de gênero não refletem em sua totalidade a realidade, uma vez que muitas mulheres deixam de denunciar seu companheiro .

Os motivos para o silenciamento da vítima são diversos, podendo ser pessoais como a preocupação com a opinião dos filhos; a falta de condições de se sustentar economicamente; a pressão exercida por familiares e amigos que estão inseridos numa sociedade machista., bem como podem ser reflexos de lacunas na execução da Lei Maria da Penha, como mal-atendimento pelos órgãos públicos

(Delegacia de Polícia); o medo de represálias, fundado na certeza da impunidade do autor, entre outros.

Partindo desta premissa, é pertinente o destaque à importância do empoderamento feminino, o desenvolvimento de empatia e sororidade que tanto pregam o feminismo atual, pois além de trazer a reflexão e a quebra de paradigmas de conceitos e estereótipos tão estigmatizados em nossa sociedade, traz à mulher sua emancipação como ser autônomo, digno, independente e capaz, fatos que a auxiliem na coragem de enfrentar a situação em que se encontra e se ver livre.

Por consequência, estando as legislações em foco intrinsecamente relacionadas com a ideologia feminista, nota-se que o feminismo deixa de ser uma ideologia distante e extremista e passa então a fazer parte do cotidiano de discussões entre a população brasileira de todas as classes.

Assim, embasada nestes ideais que buscam a proteção da mulher diante da desigualdade de gênero da sociedade, a Lei Maria da Penha além de ser uma enorme ferramenta de proteção à mulher e a família, passa também a disseminar e desmistificar o feminismo para combater não somente a violência de gênero, mas também dar início a tentativa de reestruturação cultural para dirimir de fato os pilares do machismo ainda sustentados e evitar a prolongação da violência doméstica e de gênero que tem como seu último nível o feminicídio.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **O que é “violência baseada no gênero”?**. Jus Brasil, 2016. <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero_. Acesso em: 26/03/2019.

BOURDIEU, Pierre. “A dominação masculina”. Pierre Bourdieu: tradução Maria Helena Kuhner. 11° ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher. In : CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.201-214.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.1232.

IPEA. **Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha**. Acesso em: 01/09/2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610

NUCCI, Guilherme de Souza. **“Leis penais e processuais penais comentadas**. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Guilherme Nucci. “Notas sobre o feminicídio”. Acesso em: 28/04/2017. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/notassobre-femicidio>>

PIMENTEL, Sílvia. PANDJIARJIAN, Valéria. **“Direitos humanos a partir de uma perspectiva de gênero**.”; Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. -

Imprensa: São Paulo, Secretaria dos Negócios da Justiça, Procuradoria Geral do Estado, 1971. Referência: n. 53, p. 107–139, jun., 2000.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. **Feminicídio: invisibilidade mata**. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. /Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999 – (RT Didáticos).

DIREITO PENAL DO INIMIGO: SELETIVIDADE PENAL: UM MUNDO DIVIDIDO – CIDADÃOS DE BEM VERSUS DESVIANTES/INIMIGOS

Maísa Balconi da Mata¹

Cláudio Ribeiro Lopes²

RESUMO: O Direito Penal do inimigo foi identificado na década de 1980 por Günther Jakobs, como um fenômeno de endurecimento legal para combater uma onda de criminalidade que se observava no panorama da época (não fazendo distinção se isso era, de fato, real, ou, açulado pelas mídias). A teoria existe há mais de 20 anos, porém, é uma das mais polêmicas da atualidade; demonstrou e pôs à luz a prática de um Direito Penal que separaria os delinquentes em duas categorias: alguns continuariam a ter o *status* de cidadão e, uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido e a voltar a ajustar-se à sociedade; outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado/da sociedade a esses sendo reservado um tratamento rígido e diferenciado. Assim, os inimigos perderiam as garantias legais, constitucionais e/ou infraconstitucionais, pois, não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, seriam afastados, ficando sob jugo do Estado, perdendo o *status* de cidadão. A questão fulcral reside em saber se esse modelo pode ser assimilado por regimes democráticos, isto é, se não feriria a dignidade humana causando um efeito geométrico catastrófico quanto à eliminação de direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do inimigo; Democracia; Dignidade humana; Eliminações de direitos; Derivações geométricas.

ABSTRACT: The Criminal Law of the enemy was identified in the 1980's by Günther Jakobs as a phenomenon of legal hardening to combat a wave of crime that was observed in the panorama of the time (making no distinction if this was in fact real, or, by the media). The theory has existed for more than twenty years, however, is one of the most controversial today; demonstrated and put into practice the practice of a criminal law that would separate offenders into two categories: some would continue to have the status of citizen and, once they broke the law, would still have the right to a trial within the established legal system and to return to adjust to society; others, however, would be called enemies of the State / society to which they are reserved a rigid and differentiated treatment. Thus, enemies would lose the legal, constitutional and / or infraconstitutional guarantees, since, being unable to adapt to the rules of society, they would be removed, under the yoke of the State, losing the status of citizen. The key-question is whether such a model can be assimilated by democratic regimes, that is, whether it would not harm human dignity by causing a catastrophic geometric effect on the elimination of fundamental rights and guarantees.

KEY-WORDS: Criminal law to the enemy; Democracy; Human dignity; Elimination of rights; Geometric Derivations.

INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS (10º sem.)

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD/UFF; professor adjunto 2 na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS

O presente artigo busca inovar na forma habitual de escrita de trabalhos jurídicos. Explica-se: em geral, os artigos jurídicos – e, mesmo, não jurídicos – são formulados e escritos com várias divisões de conteúdos. Dessa feita, optou-se por escrevê-lo em texto corrido, sem essa habitual divisão, com o fito de proporcionar ao leitor a possibilidade de ler um artigo como se estivesse degustando outra espécie literária (um conto, por exemplo). A ideia é ofertar essa perspectiva e aguardar sugestões, críticas e, até mesmo, quem sabe, sensações e percepções da parte dos leitores (a maior parte, operadores do Direito) sobre se o modelo proposto alcançou os fins pretendidos pelos autores, tais sejam, provocar uma alteração e saída da zona de conforto de leitores jurídicos e, ao mesmo tempo, levá-los a apreciar a forma exótica da escrita do trabalho.

1.A NATUREZA HUMANA

A divisão dos seres humanos em pessoas (boas) e indivíduos perigosos (maus) definida pelo direito penal do cidadão e pelo direito penal do inimigo se encontra no seio de discussões político-criminais há décadas. Os indivíduos que se enquadram na posição de inimigos da sociedade perdem sua natureza de pessoas, não se aplicando aos mesmos as garantias inerentes aos sujeitos de direitos. Acaba por surgir, assim, duas vertentes do Direito Penal, uma voltada para o cidadão, que por sua conduta de não se afastar de modo definitivo da norma, acaba sendo punido como sujeito de direitos e outra voltada ao inimigo; a este, nada é garantido. Para o cidadão, a sanção seria contra fatos passados; para os inimigos a sanção seria uma segurança preventiva, como a tentativa de evitar o perigo de fatos futuros.

Em termos gerais, a referida teoria defende a aplicação de normas mais severas, bem como de restrições, ou mesmo, a eliminação das garantias fundamentais para aqueles que são considerados dentro do quadrante de inimigo. Jakobs vale-se dos pensamentos de filósofos como Rousseau, Hobbes, Kant e Fichte para sustentar suas premissas, buscando agregar valor e força aos seus argumentos, mas, numa tentativa de enclausurar o Direito Penal do inimigo dentro de marcos legais (JAKOBS; CANCIO-MELIÁ, 2010, 21).

O autor tedesco se funda em alguns precedentes jusfilosóficos: primeiramente, Rousseau, que afirma que qualquer malfeitor que ataque os direitos sociais não faz mais parte da engrenagem estatal, posto que se encontre em guerra com este, como demonstra a sanção pronunciada contra o malfeitor. O pensamento do filósofo é traduzido pela expressão “a conservação do Estado passa a ser, então, incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo” (ROUSSEAU, 2008, 49)

Para Hobbes todo “estado de natureza é estado de guerra” (S/D, 88), sendo a paz possível apenas a partir do Estado civil. Nesse estado de natureza os homens representam entre si ameaças mútuas. Todavia, em um estado civil em que se empregue determinadas formas de controle social, cria-se expectativa de que não haverá, por parte de outros homens, hostilidades. Com isso emerge a promessa de que não haverá riscos à segurança nas relações entre os homens; consequentemente, um homem entenderá o outro como seu inimigo por não assegurar-lhe segurança em razão da ausência de participação deste nas expectativas do legado do estado legal comum.

O estado de paz entre homens que vivem juntos não é um estado natural, que é mais um estado de guerra, ou seja, um estado no qual ainda que as hostilidades não estejam declaradas, nota-se uma constante ameaça. Para coibir esse estado de coisas emerge a necessidade de constituir um regramento que, segundo Kant, resultaria na relação de que “[...] ao direito, portanto, está ligada ao mesmo tempo, conforme o princípio de contradição, uma competência para coagir quem o viola” (2013, 37). Então, se um homem permanece em estado de natureza é considerada legítima qualquer ação que seja hostil em relação a ele, mesmo que não tenha cometido nenhum delito, pois ao estar fora do Estado civil, considera-se como constante ameaça à paz, a sua presença.

Para Hobbes é inimigo aquele que quebra seus vínculos com a sociedade civil e retorna à vida em estado de natureza; por estado de natureza depreende-se “a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida” (S/D, 91).

Assim, o estado natural é um estado de guerra permanente onde os homens são inimigos entre si, podendo, como inimigos, tudo contra todos, pois em estado de guerra não há leis, não há justo ou injusto e sequer bem ou mal (CARVALHO JUNIOR, 2018)

2.A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA VIDA DO CIDADÃO

Do ponto de vista desses filósofos pode-se inferir que o Estado é um acordo de indivíduos, como um contrato, e a quebra deste se dariam por determinadas atitudes do cidadão, o delito seria uma transgressão contratual, o que o tornaria um inimigo, perdendo as garantias que outrora possuía. Platão, em seus Diálogos, faz referência ao inimigo de forma implícita, ao aduzir que Zeus quando incumbira Hermes de distribuir a justiça e a moral entre os homens da terra, deixou evidente que todo homem que não participasse da moral e da justiça deveria ser eliminado como se fosse uma doença (1999, 19).

Vê-se, então, que o chamado direito penal do inimigo não é um Direito propriamente dito e sim um ‘não’ direito, uma vez que o cidadão perde suas garantias individuais. Com intuito de abandonar este estado, os homens reuniram-se e fundaram o Estado (a partir do contrato social), desejosos de uma vida mais segura mesmo que implicando em uma redução de sua liberdade, tornando-se assim cidadãos.

Assim, as leis civis, feitas para os cidadãos, que pactuaram em favor da constituição do Estado, são dirigidas apenas aos cidadãos, enquanto que os inimigos, que negaram a autoridade do Estado, podem ser tratados como os representantes do Estado o desejar. Ou seja, aos cidadãos delinquentes, terão proteção e julgamento legal; aos inimigos, coação para neutralizar suas atitudes e seu potencial ofensivo e prejudicial.

Um ato a um homem que não é cidadão, se em nome do bem dos que o são, é perfeitamente legítimo, tratando-se de um ato contra um inimigo, perfeitamente aceito quando representar um benefício ao Estado, pois, de acordo a essa teoria, é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original, para o bem do povo. Seria, portanto incompatível que o jurista aplique o mesmo sistema penal para ambos os sujeitos, pois suas naturezas são distintas.

E quem são os inimigos do Estado? Pois bem, resumidamente, os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais, que, por causarem grande repugnância para sociedade, lesando bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal de forma extremamente grave, devem ser considerados 'perigosos'.

O inimigo, na visão jacobiana, é aquele incapaz, voluntaria e rotineiramente, de oferecer garantias cognitivas que aprovelem uma expectativa futura de fidelidade ao Direito. Esse indivíduo, por não apresentar segurança cognitiva suficiente de comportamento social dentro da normalidade, tem sua concepção de pessoa afastada, assim, o Estado não deve tratá-lo como pessoa (cidadão), já que de forma contrária, vulneraria o direito a segurança dos demais.

Desse modo, só é considerada pessoa (Direito Penal do Cidadão) aquele que oferece uma garantia suficiente de um comportamento pessoal social, tendo como consequência a ideia de que toda normatividade necessita de um mínimo de cognição, sem isso, ela não funcionaria.

Assim, os três pilares que fundamentam a Teoria de Jakobs são: antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de certas garantias processuais e a criação de leis severas direcionadas a indivíduos dessa específica engenharia de controle social (terroristas, supostos líderes de facções criminosas, traficantes, homens-bomba, etc.), poderiam funcionar perfeitamente em uma sociedade que tivesse condições e capacidades especiais para distinguir entre os que mereceriam ser chamados de cidadãos e os que deveria ser considerados os inimigos.

Com o aumento do terrorismo e do crime organizado pelo mundo, bem como pelo crescente aumento da criminalidade, o Direito Penal do inimigo passou a ganhar força, sendo incorporado em várias legislações com o fim de punir determinados tipos de criminosos no intuito de diminuir a prática desses delitos. No Brasil não é diferente, sendo possível encontrar em nosso Ordenamento Jurídico várias manifestações desse direito penal do autor.

Na legislação penal e processual penal brasileira, tratam-se de crimes explícitos no Código Penal, artigos específicos da Lei de Drogas e Lei dos Crimes Ambientais, além de regras processuais. Exemplo, a Lei n. 9.614/98, conhecida popularmente como "Lei do Abate" ou "Lei do Tiro de Destruição". Essa lei prevê a possibilidade da derrubada de aeronaves suspeitas quando estas não se reportarem às autoridades brasileiras.

A política criminal de guerra às drogas no Brasil está diretamente ligada a essa teoria do inimigo, pois, apesar de atingir todo um sistema, desde corruptos, usuários a traficantes, erroneamente o inimigo nomeado pela sociedade e que deve ser excluído, é apenas um o traficante, e esquece-se que o tráfico atinge proporções gigantescas. Impera no Brasil a mentalidade de Estado mínimo, mas somente garantir os direitos políticos e civis não é suficiente para diminuir as desigualdades sociais. Existe, assim, uma apreciação quanto à soberania e segurança nacional aos direitos à vida, liberdade e ao devido processo legal, o que de acordo a Constituição Federal são direitos soberanos.

A própria sociedade marginaliza e coloca como inimigos do Estado às minorias, dividindo os cidadãos em dois julgamentos: os delinquentes e os bons cidadãos. Cria-se, então, um direito para condenar certos indivíduos considerados potencialmente perigosos.

Os réus seriam aqueles que violam o contrato social, perdendo todos os seus direitos, e, sendo uma alta traição contra o Estado, o indivíduo não deve ser tratado como cidadão, mas, como inimigo. Quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, também é inimigo. Aos cidadãos, são aqueles que respeitam o contrato social, o devido processo legal.

Porém, o inimigo é um indivíduo específico, com características pré-determinadas. E essas características, no Brasil, motivaram perseguições aos ditos delinquentes: quem não tenha alcançado uma posição socioeconômica ou possuem certos traços étnicos considerados perigosos: afrodescendentes, nordestinos, ou quem cometeu crimes considerados imperdoáveis para a sociedade.

A problemática dessa teoria é a mesma de muitos tabus que rodeiam a sociedade como a pena de morte, ou, até mesmo, o julgamento daqueles que cometeram crimes hediondos, pois, não há como definir com precisão o conceito de justiça, tampouco, arcar com as responsabilidades desse julgamento. Voltando na história, exemplos como: a Inquisição ou o Holocausto, tiveram esse papel de separação entre bons ou maus.

Aqueles que não atendiam os ditames da Igreja foram considerados inimigos, ou, uma etnia foi considerada o inimigo e, independentemente de seus atos, os nascidos judeus eram condenados aos maus e mereciam à morte. O direito penal do inimigo foi bastante usado pelos nazistas para segregar as pessoas, entre aqueles considerados puros e o restante que não eram dignos de sobreviver.

A criminologia radical passa a ter nuances questionável quando ela acredita que a exclusão ou extinção do inimigo resolveria o problema, ao invés de buscar soluções de fato. Na teoria pura do Direito Penal do Inimigo, o inimigo é considerado uma coisa e não mais um cidadão e nem mesmo um sujeito processual. Contra ele não se justifica um procedimento penal legal, mas sim um procedimento de guerra. Para um Estado que se reconheça como um Estado Constitucional de Direitos Humanos é falha nessa teoria que se norteie desse modo. Pois, estaria em conflito com a busca pelo desenvolvimento e efetividade dos Direitos Humanos, sobretudo a da dignidade humana.

A teoria identificada por Günther Jakobs, para além de sua inflexibilidade punitivista em face de sua relativização dos direitos fundamentais, claramente incompatível com um Estado democrático de direito, vem se alastrando na legislação pátria e até mesmo no entendimento esposado em várias decisões judiciais. Sua propagação no Brasil deve-se a ausência de políticas criminais efetivas, bem como, a busca do legislador em atender aos anseios da sociedade que deseja uma pacificação efetiva, a qualquer custo, bem como pela reificação da informação, muito explorada pelas mídias.

As críticas gravitam em torno da falta de legitimidade, de garantismo, ampla defesa, devido processo legal, entre outras normas constitucionais, que serviriam para garantir a impunidade. Ou seja, a lei deve ser desigual. Quando é um inimigo, os

amparos não existem; tratam as pessoas de maneira isonômica. Trata os desiguais na medida da sua desigualdade. Parafraseando Rousseau, quem firma um contrato social e abandona-o torna-se desmerecedor de seus próprios direitos.

No mundo globalizado e altamente capitalista de hoje, todo e qualquer indivíduo que se propõe a alterar o *status* quo pode ser chamado de inimigo público primeiro e com a ajuda da mídia e do clamor público por punição ser excluído dos ditames processuais básicos de um Estado Democrático de Direito. Nos dias atuais a figura do terrorista se encaixaria com perfeição nesta visão de inimigo público, onde o direito penal do inimigo seria utilizado. No Brasil, com as constantes acusações de corrupção e a intensa midiaticização de certos processos penais, como a Lava-Jato, os políticos tornam-se alvos fáceis dessa teoria.

O inimigo abala a lei e a expectativa das pessoas na lei; na Lava-Jato, por exemplo, as pessoas querem justiça; desejam que a lei seja rápida e eficaz e, principalmente, quando o crime atinja esse patamar, o Estado deve responder às suas expectativas. Aqui, a atividade criminal se encontra tão sofisticada que o Estado começa a fazer acordos e concessões aos criminosos, e é exatamente o oposto do que a teoria prega.

O inimigo não deve ter direitos aumentados e estar de acordo com o Estado, antes, ter seus direitos excluídos, já que não se encaixa mais na sociedade. Quem ameaça constantemente a sociedade num estado comunitário legal, deve ser tratado como inimigo, quem não traz segurança não pode ser tratado como um indivíduo comum, isto é, como pessoa.

E aqui, abre a possibilidade para duas vertentes: uma contra a teoria da aplicação do direito penal do inimigo, pois, entende que, se é para combater a corrupção, tudo seria possível, mas, trata-se de um enorme equívoco. Nossa Constituição Federal e nosso Código Penal não permitem a adoção dos princípios gerados pela teoria do direito penal do inimigo. Havendo duas castas absolutamente distintas: os cidadãos, a quem todos os direitos estariam garantidos, e o inimigos da sociedade, aos quais se reduziriam as proteções legais, estaria em desacordo com o nosso sistema penal.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º refuta qualquer discriminação: todos são iguais perante a lei. E se todos são iguais perante a lei, não há constitucionalidade defensável ao rotular-se o bom delinquente, aquele que merece a proteção constitucional e o mau delinquente, ao qual, por conseguinte, todos os direitos e garantias lhe são proibidos. Todos devem ser julgados, não importa o crime, de acordo com a lei, com os ditames constitucionais e processuais penais, respeitando o valor fundante da dignidade da pessoa humana. Os dois pilares básicos de uma sociedade dita moderna, contemporânea, seriam os princípios da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa.

No Brasil, esses dois pilares quase sempre são desrespeitados, caracterizando um direito penal desigual, seja para destinatários são políticos, ou, para o pobre/negro/da favela; estes, vítimas de um *apartheid* social institucionalizado, mas não oficial. O direito penal do inimigo, teoria divulgada por Günther Jakobs no meado da década de 1980 é, por natureza, um sistema penal amplamente punitivista, nesse íterim, devido ao seu extremo radicalismo, abandonando de forma total os direitos e garantias fundamentais do cidadão chamado de inimigo; essa teoria não é recepcionada

pelo nosso ordenamento jurídico, que preza pela adoção dos direitos humanos no país. Portanto, não deve adotar, nem aplicada, pois, atenta contra os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Por outro lado, há crédulos que defendem a teoria de Jakobs utilizada com base no senso de moral, poderia ajudar a mudar a aplicação do código penal e melhorar a aplicação da justiça, já que o sistema penal brasileiro é falho e desatualizado frente às mudanças sociais. Buscam a eficácia dos seus métodos de manutenção da ordem social e da vigência da norma. Nessa perspectiva, com base em Jakobs, a pena tem como função o reforço na confiança do Direito, infundindo na coletividade a necessidade de fidelidade ao direito, promovendo uma integração social.

A norma penal serve para estabilizar as expectativas sociais frente às frustrações que ocorrem quando há violação das normas. Serve, pois, para assegurar a vigência normativa, em essência. É uma prevenção geral para que produza efeito em todos os membros da sociedade, e positiva, para que o efeito gerado não seja o medo frente à pena, mas, sim, a certeza da vigência da norma, que foi agredida pela infração e tornou a ser fortalecida pela pena. De outra sorte, com o direito penal do inimigo, não se está mais, então, reafirmando a vigência da norma, porém, se busca tão-só garantir que a sociedade perdure, mantenha-se, em face desses indivíduos.

Nesse viés, ainda que de forma absolutamente crítica, Silva-Sánchez afirma que o Direito Penal possui três velocidades (2012). A primeira, da escola liberal clássica, que visa à proteção dos direitos e garantias fundamentais, aplicando a pena privativa de liberdade. A segunda velocidade torna flexível proporcionalmente determinadas garantias penais e processuais aliadas a adoção das medidas alternativas a prisão. Por fim, o Direito Penal da terceira velocidade seria uma mescla das duas velocidades citadas, resultando no conhecido Direito Penal do Inimigo. Essa última velocidade utiliza-se da pena privativa de liberdade, mas permite uma certa flexibilização de garantias materiais e processuais. Essa tendência pode ser vista em algumas leis brasileiras, como, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8072, de 1990), que com ela se elevou, consideravelmente, as penas de vários delitos, estabeleceu-se o cumprimento da pena nos regimes fechados e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas garantias processuais (a liberdade provisória etc.) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850, de 2013), entre outras.

O Direito Penal pretende assegurar à sociedade condições de existência, visando garantir uma vida em comum. É entendido como uma garantia contra o poder punitivo e, por outro lado, uma garantia da segurança contra a criminalidade. Como lei infraconstitucional, ele deve ser sempre estudado e aplicado à base do princípio da hierarquia vertical de validade e soberania das normas.

Dentro desse contexto, não se pode esquecer os direitos humanos, em especial os destinados aos sujeitos de processos criminais, que são expressos em diversos instrumentos internacionais. Essa relação direito penal e direitos humanos é bem importante, pois, normalmente, qualquer que seja o atentado contra os direitos humanos se caracterizará crime.

O conceito de Direito Penal do inimigo só pode ser considerado como instrumento para mostrar o não Direito Penal que está presente na legislação positiva. Ele é um direito de exceção, ou melhor, um modo para estigmatizar pessoas cujo modo

de pensar ou proceder não é comum. É um direito de necessidade do Estado de não-Direito.

CONCLUSÃO

Em suma, O direito penal do inimigo é uma teoria que prevê punições mais severas e uma tutela jurisdicional penal mais célebre ao indivíduo que, segundo essa teoria, após passar por alguns estágios, se torna inimigo do Estado. A teoria prevê a separação de delinquentes e criminosos em duas categorias, o primeiro continuaria a ter *status* de cidadão, mas, no segundo caso, seriam chamados de inimigos do Estado cabendo a estes um tratamento rígido, diferenciado e excludente de direitos. Os inimigos perderiam as garantias previstas na lei, e sofreriam uma punição mais rápida e rígida.

Muitos autores criticam a teoria, alegando dentre inúmeros motivos a falta de observância aos Direitos Humanos; no Brasil essa teoria não tem sido aceita formal, nem explicitamente, por causa do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que todos são iguais perante a lei (não comportando essa diferenciação de inimigo – cidadão), mas, de uma maneira subentendida, tem seus reflexos inseridos no ordenamento jurídico por uma legislação infraconstitucional que tende a ignorar as cláusulas pétreas, bem como, por várias decisões judiciais cujo mote é usar de princípios (sic) como a ponderação, colegiabilidade etc. para não dar cumprimento às normas e garantias constitucionais em matéria de direitos e garantias fundamentais.

Portanto, conclui-se que existem duas correntes teóricas, uma majoritária desfavorável, alegando como motivo principal a falta de observância aos Direitos Humanos e o conflito insolúvel com a Constituição Federal. E outra, minoritária, com conteúdo favorável a teoria de Jakobs, concordando que para se instaurar a ordem social, em alguns casos específicos, deve-se aplicar um tratamento diferenciado a certos indivíduos criminosos.

A seletividade é uma característica estrutural do poder punitivo. Quem comete um crime contra alguém, comete também contra toda a sociedade. O direito penal é aplicado àqueles que, de forma eventual ou reiterada, praticam fatos que são tipificados como delitos. Todos os que praticam as condutas definidas como fatos típicos devem ser tratados de forma igual, respeitando-se seus direitos e garantias fundamentais, permitindo, assim, a vigência de um direito penal isonômico e, em alguma medida, democrático.

Nesse sentido, os responsáveis pelos delitos cometidos, devem ser individualizados, processados, julgados e levados a cumprir a pena, dentro de um sistema penal revestido por garantias constitucionais. Admitir a utilização do direito penal como um mero sistema seletivo a favor do Estado/sociedade para conter seus inimigos, aqueles que lhe causam certo incômodo, é legitimar, sem sombra de dúvidas, a aplicação de um direito penal discriminatório e ilegítimo, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Como cita Saramago: "Se não somos capazes de viver inteiramente como pessoas, ao menos façamos de tudo para não viver inteiramente como animais".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. O Direito Penal do Inimigo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3>. Acesso em ago 2018.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. J. P. Monteiro; M. B. N. da Silva. Le Livros, s/d.

JAKOBS, Günther; CANCIO-MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo, noções críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari; Nereu Giacomolli. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Bragança Paulista: Ed. Univ. São Francisco, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. *A terceira velocidade do direito penal: o 'direito penal do inimigo'*. Dissertação de Mestrado: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, 327p.

PLATÃO. *Diálogos: Protágoras*. Adap. Olga Pombo. Lisboa: Relógio d'Água, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Versão e-book. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2008.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. 2ª ed. ampl. y actual.. Buenos Aires: Julio César Faira ed, 2012.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O ENSINO DO DIREITO INTERNACIONAL: RUPTURA E NOVO PARADIGMA DO ENSINO UNIVERSITÁRIO

Marina Feferbaum³
Denise Almeida de Andrade⁴

RESUMO: Este artigo discute quais são as barreiras para o ensino da disciplina de direito internacional nos cursos de Direito no Brasil, apresentando algumas hipóteses, a exemplo da difundida ideia de que o direito nacional é mais importante para atuação do profissional do Direito. Ademais, a práxis jurídica mitiga a relevância das contribuições do Direito Internacional, o que se demonstra a partir da leitura das decisões das cortes nacionais, as quais são arrimadas, em sua grande maioria, em precedentes e decisões internas; os tratados internacionais, por sua vez, sofrem consequências da seletividade das instituições para sua aplicação. O modo como se ensina direito em geral afasta o aluno a ter interesse por muitas disciplinas, e isso inclui o direito internacional. Existe um descolamento entre a realidade do mundo atual e a resposta - ou a "não resposta" - que a educação tem dado para o mundo complexo. Ainda sobrevive em grande parte das instituições de ensino superior um modelo de ensino tradicional e arcaico, no qual o professor é o centro do processo de ensino-aprendizagem, enquanto o aluno é um mero receptor de informação. Ao final, apresentaremos uma experiência de ensino que rompe com este paradigma, que é o modelo no qual o aluno é o centro do processo de ensino-aprendizagem e a construção de conhecimento se dá de maneira horizontal e coletiva.

Palavras-chave: Direito internacional; ensino jurídico participativo; metodologia de ensino; métodos participativos; ensino jurídico brasileiro.

Abstract: The paper discusses which are the obstacles faced by the teaching of international law in Brazil based upon some reasons to be properly argued and upon a existent idea of most relevance of national than international law to legal professions. Internal courts' decisions are grounded in national precedents and even international treaties are filtered in its application through national law. It cannot be ignored also that predominant teaching methodologies push away students' taste from law in general, international law included. There is a gap between the complexity of the current world and the tools education has been providing students with to face this complexity. One can still find in many educations institutions an archaic teaching method, in which the professor is the center of knowledge from which the student grasps as much as she can. Closing this article, it is proposed a modern teaching experience that breaks with traditional notions, puts the student at the center of the learning-process and gives knowledge-construction a horizontal and collective shape.

Keywords: International Law; **Student-centered learning**; teaching methodology; teaching methodologies; Brazilian legal education

INTRODUÇÃO

É certo que no Brasil existe um distanciamento dos estudantes de Direito em relação ao direito internacional. Embora não haja nenhuma dificuldade em termos

³ Coordenadora da área de Metodologia de Ensino, líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Metodologia de Ensino da FGV DIREITO SP, coordenadora da pesquisa Observatório do Ensino do Direito e Professora da mesma instituição. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela PUC-SP. São Paulo, Brasil. Contato: marina.feferbaum@fgv.br

⁴ Pós-doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (PNPD-CAPES). Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora da GVLaw São Paulo. Contato: andradedenise@hotmail.com.

conceituais para seu ensino e aprendizado, constatam-se alguns empecilhos entre os alunos brasileiros. Tentaremos investigar suas possíveis razões.

O objetivo deste artigo é demonstrar que o modo como a disciplina de direito internacional vem sendo ministrada, compromete (e por vezes impede) que todo o espectro profissional a ser explorado nesta seara. Para tanto, iremos contextualizar o panorama do ensino jurídico brasileiro para, posteriormente, analisar as necessárias rupturas de paradigmas no seu ensino, caso queiramos superar essa realidade. Serão consideradas as várias barreiras no ensino do direito internacional no Brasil, partindo da premissa de um afastamento das instituições que compõem o Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública, etc.) na utilização dele, do recente ingresso na disciplina no currículo nacional, da dificuldade de apropriação dos materiais em razão da língua estrangeira, do estranhamento e não significação do direito internacional para o estudante de direito e, por fim, da forma como se leciona direito e suas consequências para o ensino.

Primeiramente será exposto o cenário do ensino jurídico brasileiro, com dados produzidos pelo Observatório do Ensino do Direito - OED da FGV DIREITO SP. Posteriormente, será realizada uma análise e traçadas correlações em prejuízo do direito internacional no currículo brasileiro. E, finalmente, será apresentado um possível caminho por meio da experiência da metodologia de ensino jurídico participativa.

1 PANORAMA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Com base nos dados produzidos pelo Observatório do Ensino do Direito - OED, projeto de pesquisa permanente do Núcleo de Metodologia de Ensino da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), é possível obter um retrato do estado da arte do ensino jurídico no Brasil e fazer ponderações sobre o perfil dos cursos e instituições responsáveis pela formação dos profissionais brasileiros.

1.1 Instituições que oferecem curso de Direito no país

Segundo dados do OED (2013), há 1.155 cursos de graduação em Direito no Brasil, sendo o quarto curso superior mais oferecido pelas instituições de ensino do país. Destes, 84% são pertencentes à rede privada e apenas 16%, à rede pública de ensino. Desta forma, temos que os cursos de direito possuem uma concentração em instituição privada superior à média nacional, que é de 66%.

Referidos dados nos ajudam a construir um panorama e entender como são compostos os cursos de Direito no Brasil e, por conseguinte, nos possibilita a indicação mais assertiva de caminhos para superar dificuldades e problemas diagnosticados.

	CURSOS EM IES PÚBLICAS		CURSOS EM IES PRIVADAS	
	Geral	Direito	Geral	Direito
Região Norte	57%	26%	43%	74%
Região Nordeste	53%	22%	47%	78%
Região Centro-Oeste	38%	20%	62%	80%
Região Sudeste	20%	6%	80%	94%
Região Sul	39%	24%	61%	76%
Brasil	34%	16%	66%	84%

Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no Censo de 2012

O acesso a um curso de Direito público apresenta-se, pois, como uma realidade apenas para poucos (conforme mencionamos, apenas 16% dos cursos de Direito no Brasil são públicos). Por outro lado, considerando o número de habitantes por curso, tem-se uma média bastante alta: quase seis cursos (5,95) por milhão de habitante. É diante desses índices que o financiamento estudantil ganha relevância: se 84% dos cursos de Direito ofertados no Brasil são privados e mais da metade da população brasileira vive, de acordo com o IBGE (AGENCIA BRASIL, 2017, *on line*), vive com menos de 1 salário mínimo, é preciso construir caminhos que viabilizem esse acesso ao ensino superior.

TABELA 2 – Cursos de graduação em direito, habitantes e cursos por milhão de habitantes nas regiões brasileiras

	Cursos de Direito	Habitantes (estimativa)	Cursos por milhão de habitantes
Região Norte	72	16.318.163	4,41
Região Nordeste	224	53.907.144	4,15
Região Centro-Oeste	123	14.423.952	8,53
Região Sudeste	501	81.565.983	6,14
Região Sul	235	27.731.644	8,47
Brasil	1155	193.946.886	5,95

Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012 e estimativas do IBGE sobre a população

Segundo relatório do OED referente ao financiamento estudantil federal nos cursos jurídicos brasileiros, no país existem 880 instituições de ensino que oferecem cursos jurídicos, sejam públicas ou privadas, neste último incluindo fundações com e sem fins lucrativos. Este número representa 36,8% das instituições. Desse total, 803 cobram mensalidades e a elas estão vinculados 91,6% dos alunos matriculados em cursos universitários de direito, ao passo que apenas 77 instituições oferecem cursos jurídicos gratuitos, representando 8,75% e vinculando-se a estas 8,4% do total de estudantes de direito.

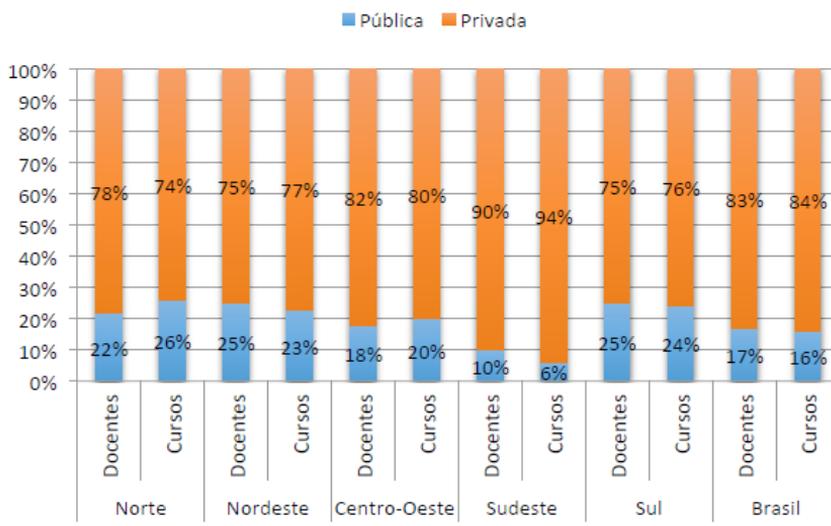
Diante desse cenário, pode-se dizer que o curso de direito é muito procurado no cenário brasileiro por razões que não serão exploradas neste artigo, mas que acreditamos ter relação com a representação e status social do papel exercido pelos advogados e das instituições do Sistema de Justiça do país.

1.2 Perfil do docente que leciona direito nas universidades brasileiras

É interessante observar que, embora o número de cursos de direito seja alto, isto não se traduz em uma exclusividade do docente, o qual pode lecionar simultaneamente em várias IES. Na sequência, serão apresentados os dados de proporção de cursos e de funções docentes, titulação, gênero, cor de pele declarada e regime de trabalho no Direito, em comparação com o Brasil.

Primeiramente, pode-se observar que a média da proporção de atuação dos professores nas redes pública e privada é praticamente a mesma da distribuição de cursos, variando significativamente em apenas algumas regiões do Brasil.

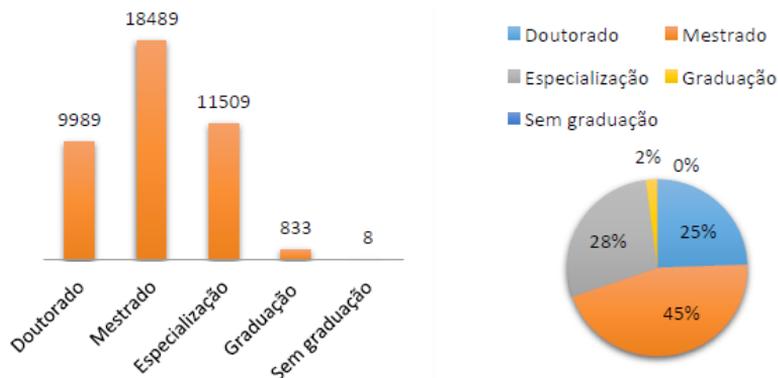
GRÁFICO 1 – Funções docentes e cursos – comparação das proporções regionais por rede de ensino



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

Quanto à titulação desses docentes: 45% são mestres, 28% são especialistas e 25% são doutores; apenas 2% que possuem somente título de graduação.

GRÁFICO 2 – Funções docentes e titulação – distribuição nacional



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

Com relação à distribuição de gênero, 61% são do gênero masculino e 39% do gênero feminino. Esses números, ainda que guardem pequena variação com relação à média nacional de outros cursos e regiões, seguem mais ou menos os mesmos padrões no Direito.

TABELA 3 – Funções docentes e gênero – comparação com os cursos superiores em geral

	Funções docentes e gênero – comparação com os cursos superiores em geral			
	Feminino		Masculino	
	Geral	Direito	Geral	Direito
Região Norte	46 %	39 %	54 %	61 %
Região Nordeste	46 %	39 %	54 %	61 %
Região Centro-Oeste	46 %	39 %	54 %	61 %
Região Sudeste	43 %	37 %	57 %	63 %
Região Sul	46 %	41 %	54 %	59 %
Brasil	44 %	39 %	56 %	61 %

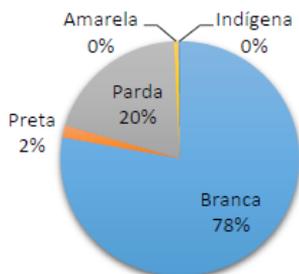
Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

A definição da cor de pele se dá por meio de uma autodeclaração, na qual 78% dos professores de Direito entendem-se brancos, 20% como pardos e 2% se autodeclararam negros. A proporção de docentes brancos nos cursos jurídicos é um pouco

menor do que a média nacional, embora seja predominante, como se pode observar no gráfico abaixo

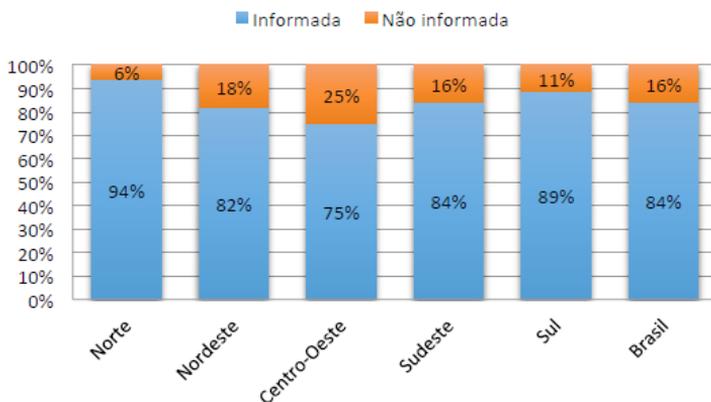
GRÁFICO 3 – Funções docentes e cor de pele – distribuição dos declarantes

Funções docentes e cor de pele – distribuição dos declarantes



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

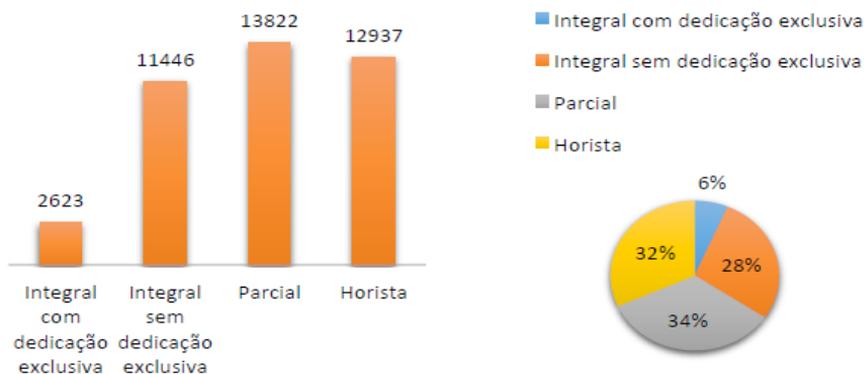
GRÁFICO 4 – Funções docentes e cor da pele – comparação dos dados regionais sobre percentual de informações



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

Com relação ao regime de trabalho, 34% das funções docentes são em regime de dedicação parcial, 32% como horistas, 28% de dedicação integral, sem dedicação exclusiva e 6% são em tempo integral com dedicação exclusiva.

GRÁFICO 5 – Funções docentes e regime de trabalho – distribuição nacional



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

O perfil docente brasileiro na área do direito é composto, em sua maioria, por: homens (62%) que se declaram brancos (61%), lecionam em instituição privada (83%), têm mestrado (45%) e trabalham em regime parcial (34%).

Não há discrepâncias significativas entre os docentes de Direito nas 5 regiões brasileiras, com exceção da cor da pele dos docentes no Nordeste (39% declararam-se pardos) e do regime de trabalho no Sudeste (34% de horistas). Interessante notar que os dados apresentados são resultados diretos da exigência regulatória brasileira⁵.

Com isso, é possível realizar algumas inferências: 1) há um recorte socioeconômico relevante, dado que muitos têm outra ocupação além da docência; 2) o tempo de planejamento e investimento em pesquisas sobre métodos de ensino, para além da especialidade que está sendo lecionada, dificilmente é o foco dos professores, reproduzindo os métodos tradicionais expositivos por meio dos quais apreenderam os conteúdos durante sua graduação (nos quais o docente é o detentor do conhecimento e transmissor de informações); c) a pesquisa acadêmica, que acaba sendo relegada a um segundo plano, sendo prioridade, via de regra, para os docentes contratados por tempo integral.

Desta forma, a docência precisa ser compatibilizada com outras atividades profissionais, o que reduz o tempo e a disponibilidade de os docentes aprimorarem seus conhecimentos para além do saber técnico. Por consequência, a opção por seguir métodos expositivos é quase natural, e se traduz na reprodução acrítica de um modelo tradicional de ensino em sala de aula⁶, expositivo, desconectado da realidade e dos problemas cotidianos, não significado e menos criativo.

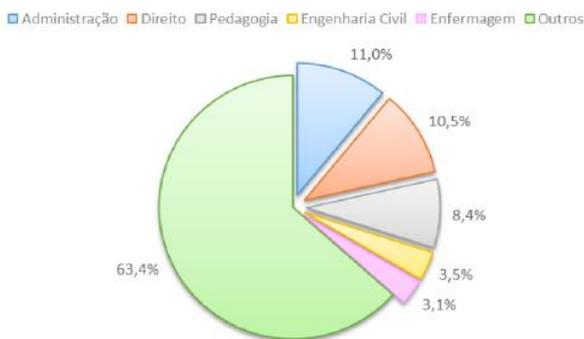
⁵ BRASIL. Portaria Normativa/MEC nº 23, de 01 de dezembro de 2010.

⁶ Ghirardi, nesse sentido, afirma que: “Seguir um modelo tradicional de ensino é uma escolha, assim como é uma escolha recusá-lo ou alterá-lo. A continuidade ou adesão a modelos estabelecidos é exercício de uma preferência deliberada. Se eu ensino utilizando os mesmos métodos de que seus

1.3 Financiamento estudantil e número de matriculados

Os cursos jurídicos apresentam papel de destaque no ensino universitário do país e no seu financiamento. Em 2013, o curso de Direito era o quarto mais ofertado pelas instituições de ensino, ficando atrás apenas das áreas de Administração, Pedagogia e Ciência Contábeis. Em relação ao número de alunos matriculados, o Direito corresponde a 10,5% do total de estudantes universitários, tendo a segunda colocação, superado apenas pelos cursos de Administração.

GRÁFICO 6 – Proporção de matriculados por programa e/ou curso



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

Logo, vemos que uma porcentagem significativa do total de estudantes universitários brasileiros é de alunos do curso de Direito (10,5%). No entanto, esse percentual varia na rede pública e privada de ensino. Na primeira, o Direito é a 14ª área em quantidade de cursos (1,7%), a 15ª em quantidade de instituições de ensino superior e a 3ª área em quantidade de matriculados (4,8%). Já na rede privada, o Direito é a quarta área em quantidade de cursos (4,6%), também a quarta em quantidade de instituições que oferecem o curso (37,7%) e a segunda em quantidade de matriculados.

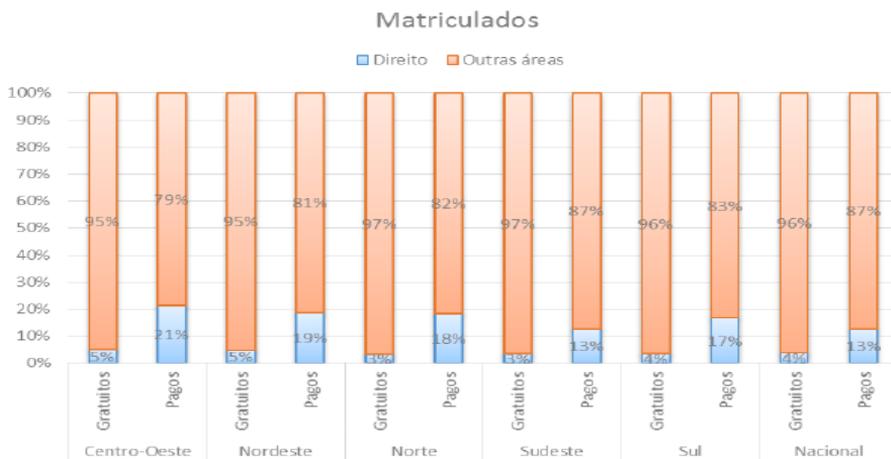
TABELA 4 – Comparação da participação do direito nas quantidades de cursos, IES e matriculados em relação às demais, por rede de ensino

Rede Pública					
Cursos		IES ofertantes		Matriculados	
14ª posição	182 (1,7%)	15ª posição	100 (33,2%)	3ª posição	92.014 (4,8%)
Rede Privada					
Cursos		IES ofertantes		Matriculados	
4ª posição	967 (4,6%)	4ª posição	780 (37,3%)	2ª posição	677.815 (12,6%)

Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

Observamos ainda que, dentre os cursos pagos presenciais, os da área jurídica despontam com a maior quantidade de matriculados na maioria das regiões do Brasil - o Direito é protagonista em 4 das 5 regiões brasileiras⁷.

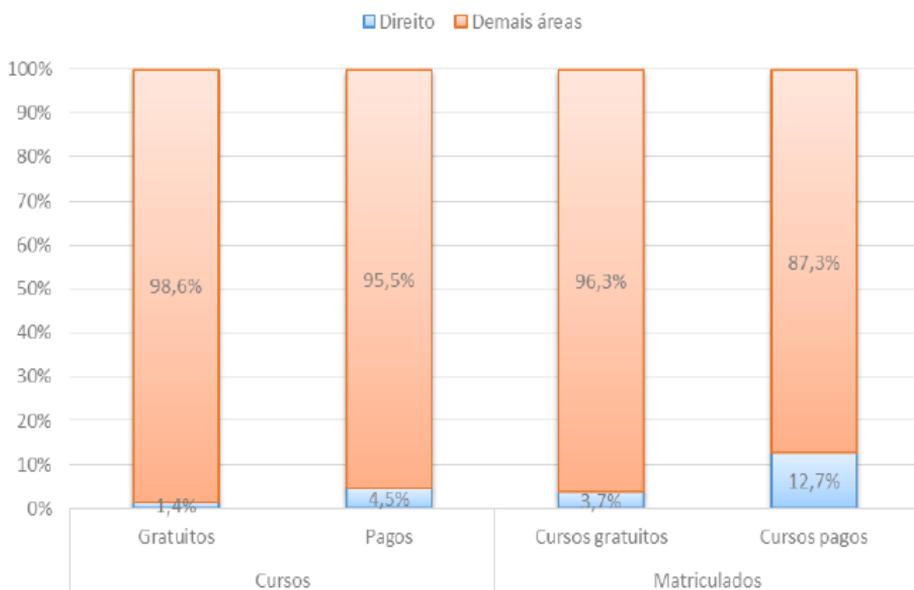
GRÁFICO 7 – Número de alunos matriculados



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

⁷ Para acesso a dados detalhados de cada região do Brasil, consultar o relatório do OED sobre financiamento estudantil federal, disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_observatorio_do_ensino_do_direito_-_vol_2_n_2.pdf

GRÁFICO 8 – Participação do direito no total de cursos e alunos matriculados, por curso e cursos de graduação



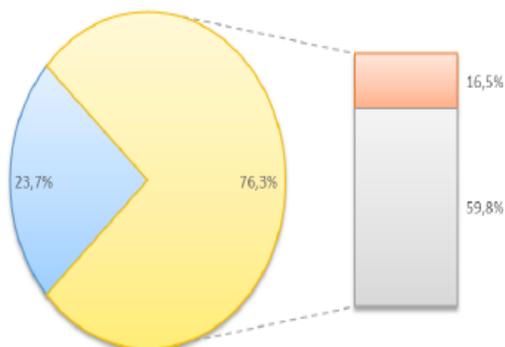
Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

O governo federal financia os cursos universitários por meio de cursos gratuitos ao público (as universidades públicas) e de dois programas de financiamento e bolsas de estudos, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) e o Programa Universidade para Todos (Prouni). Em 2013, 16,21% (1.184.933) dos matriculados em cursos no ensino superior brasileiro participavam de ao menos um desses programas.

Em 2013, havia 1.734.143 estudantes matriculados em cursos de graduação gratuitos e 5.571.834 estudantes matriculados em cursos pagos. Se considerados apenas os alunos de cursos pagos, o peso do Fies e do Prouni aumenta para 21,26%, conforme apontam os gráficos da sequência.

GRÁFICO 9 – Participação do financiamento federal na quantidade de matriculados, por custo do curso

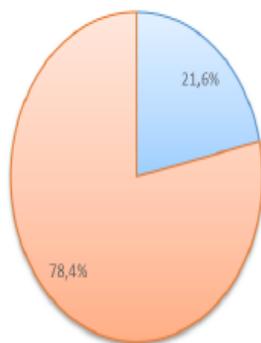
■ Em cursos gratuitos ■ Em cursos pagos com financiamento federal ■ Em cursos pagos sem financiamento federal



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

GRÁFICO 10 – Participação do financiamento federal na quantidade de matriculados em cursos pagos

■ Em cursos pagos com financiamento federal ■ Em cursos pagos sem financiamento federal



Fonte: Observatório do Ensino do Direito com base no censo de 2012

Os dados abaixo indicam que houve um aumento no número de matriculados e também de valores investidos, proporcionando uma ampliação do acesso ao nível superior de ensino. A qualidade destes cursos será discutida nos próximos tópicos.

De toda maneira, é significativo o crescimento de 22,71% no número de matriculados de 2010 a 2014, conforme aponta a tabela abaixo. A política educacional

do país focou em viabilizar o acesso ao ensino superior, resultando numa maior democratização.

TABELA 5 – Crescimento no número de matriculados (2010-2014)

ANO	PÚBLICA	PRIVADA	GRUPOS	CAPITAL ABERTO	INTERNACIONAL	OUTROS	TOTAL
2010	1644716	3830455	904128	521767	87620	294741	6379299
2011	1774696	3668848	1296145	849091	115198	331856	6739689
2012	1898422	3559886	1579380	1050255	148358	380767	7037688
2013	1933444	3460756	1911777	1243658	215724	452395	7305977
2014	1961942	3454201	2411870	1623625	293700	494545	7828013
Varição no período	19,29%	-9,82%	166,76%	211,18%	235,20%	67,79%	22,71%

Neste mesmo período, este crescimento se vê refletido na proporção de recursos destinados ao financiamento educacional superior, que obteve uma variação positiva de 1.460,1% de investimento.

TABELA 6 – Proporção de recursos destinados por meio do FIES, em R\$ (Dados do Portal Transparência)

ANO	GRUPOS COM CAPITAL ABERTO	OUTROS GRUPOS	SUBTOTAL GRUPOS	TOTAL GERAL
2010	2.426.815,86	0,00	2.426.815,86	880.351.919,31
2011	48.170.014,61	0,00	48.170.014,61	1.835.373.228,13
2012	801.504.715,94	75.278.516,60	876.783.232,54	4.477.504.884,52
2013	1.778.337.187,86	456.813.281,28	2.235.150.469,14	7.578.156.778,08
2014	3.140.150.783,23	1.071.212.056,75	4.211.362.839,98	13.734.597.070,08
Varição no período	129.293,9%	1323,0%	173.434,5%	1460,1%

TABELA 7 – Proporção de alunos matriculados, por rede e tipo de grupo (2010-2014)

ANO	PÚBLICA	PRIVADA	GRUPOS	CAPITAL ABERTO	INTERNACIONAL	OUTROS	TOTAL
2010	25,8%	60,0%	14,2%	8,2%	1,4%	4,6%	100,0%
2011	26,3%	54,4%	19,2%	12,6%	1,7%	4,9%	100,0%
2012	27,0%	50,6%	22,4%	14,9%	2,1%	5,4%	100,0%

2013	26,5%	47,4%	26,2%	17,0%	3,0%	6,2%	100,0%
2014	25,1%	44,1%	30,8%	20,7%	3,8%	6,3%	100,0%
Variação no período	-2,79%	-26,51%	117,39%	153,59%	173,16%	36,74%	-

Como apresentado, a maior parte dos cursos de Direito é oferecida por instituições privadas (84%), cujo custo da mensalidade é alto para muitos brasileiros - conforme já mencionamos, segundo o IBGE (AGÊNCIA BRASIL, 2017, *on line*), por meio da PNAD 2016, divulgada em 2017, mais da metade da população brasileira vive com menos de 1 salário mínimo. Por isso, 93,3% destes cursos oferecem algum tipo de financiamento estudantil federal.

Diante deste cenário, fazemos alguns questionamentos: esta grande oferta de cursos de direito representa uma massificação do ensino jurídico? Isso mercantiliza os cursos de direito? De que forma impacta a qualidade dos cursos existentes? E, ainda, de que maneira impacta áreas do direito como a de direito internacional?

2 DIREITO INTERNACIONAL NO CURRÍCULO BRASILEIRO

Conforme Krüger (2010), a primeira vez que uma disciplina nomeada como direito internacional integrou o currículo brasileiro foi em 1895, sendo chamada de “direito internacional público e diplomacia”. Em 1962, foi implantado um novo currículo com a inclusão das disciplinas de direito internacional privado e direito internacional público, mas ainda com uma tendência profissionalizante e desvinculada da realidade política, econômica, social e cultural do Brasil.

De 1973 a 1994, as disciplinas de direito internacional público e privado passaram a ser optativas de um currículo mínimo e somente a partir de 2002 é que se tornou um conteúdo obrigatório, segundo a diretriz curricular, que deve orientar a elaboração dos currículos e assegurar uma uniformidade mínima à toda formação no desenvolvimento de competências e habilidades. Ou seja, é obrigatório que o conteúdo seja abarcado durante a formação, não importando se com um nome específico de uma disciplina ou de maneira interdisciplinar. Atualmente, o direito internacional tem constado no currículo da maior parte dos cursos como disciplina obrigatória isolada e como área de interesse específico enquanto disciplina optativa também⁸.

No entanto, o direito internacional não se resume às disciplinas tradicionais, simplificadoramente divididas entre público e privado, mas abarca um rol de todas as áreas do Direito – e que poderia ocupar um curso de graduação inteiro direcionado a ele, em razão da sua complexidade e interdisciplinaridade com outras áreas como ciência política, economia e relações internacionais, por exemplo. Justamente por essa razão, os cursos devem buscar que suas disciplinas sejam orientadas ao direito internacional como um projeto do próprio projeto político pedagógico do curso.

O direito internacional ocupou, tradicionalmente, posição secundária na grade curricular das faculdades de direito. Era visto como “perfumaria jurídica”, com escassa utilidade prática

⁸ Conforme consulta às grades curriculares da Universidade de São Paulo, Puc/SP, Mackenzie e Unip, disponíveis, respectivamente, nos links abaixo indicados:
http://www.direito.usp.br/graduacao/graduacao_estrutura_curricular_01.php;
http://www.pucsp.br/sites/default/files/img/grade_horaria_direito_matutino_0.pdf
<http://up.mackenzie.br/graduacao/sao-paulo/direito/matriz-curricular/>
http://www.unip.br/ensino/graduacao/tradicionais/hum_direito_grade.aspx

para quem pretendia exercer, cotidianamente, as diversas profissões jurídicas. Despertava interesse apenas em uma pequena minoria composta por aqueles que desejavam dedicar-se aos estudos diplomáticos ou que nele viam um objeto de interesse acadêmico (AMARAL JUNIOR, 2016, p. 122).

As discussões sobre direito internacional se dão predominantemente no idioma inglês e muitas das referências utilizadas nas disciplinas são baseadas em manuais de introdução traduzidos, pouco aprofundados e vinculados a autores específicos. O fato de grande parte dos estudantes brasileiros não falarem inglês os impossibilita de acessar bibliografias e materiais diretamente da fonte. Esses dois fatores combinados acabam por tornar esta área pouco acessível e atrativa, já que o contato com o direito internacional acaba sendo bastante pontual e superficial.

A título de ilustração, a aplicabilidade de decisões internacionais ainda é algo incipiente. Talvez isso dê a ideia de que o direito nacional é mais importante para a atuação do profissional de direito do que o direito internacional, haja vista o currículo ser voltado mais ao direito interno. As decisões das cortes nacionais são pautadas em precedentes e decisões internas, e os próprios tratados internacionais sofrem consequências da seletividade das instituições para sua aplicação, como no paradigmático caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) em que a Corte rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão na Lei da Anistia (Lei nº 6683/79), em que se pretendia que a Suprema Corte anulasse o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2, mesmo havendo decisão da Corte interamericana sobre a necessidade da revisão.

Por outro lado, nas duas últimas décadas tem-se discutido muito acerca da inserção dos países de terceiro mundo e sua subordinação a normas e instituições internacionais, que podem não responder às necessidades locais. Esta abordagem acadêmica (OKAFOR, 2008), denominada TWAIL – *Third World Approaches to International Law*, oferece uma linha de pensamento teórica e metodológica para analisar o direito internacional e instituições. Podendo ser considerada como uma escola de pensamento crítica, a TWAIL tem promovido debates e trazido à tona questões fundamentais sobre cultura, raça, relações de poder, necessidade de ocupação pelos países em desenvolvimento de maior espaço na ordem jurídica internacional e construção de um modelo alternativo ao hegemônico imposto por países colonizadores, perpetuando a subordinação dos países colonizados a normas importadas e descontextualizadas.

Nesse sentido, Anghie e Chimni (2003), em seu artigo *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, expuseram uma crítica à hegemonia dos países de primeiro mundo e ao posicionamento dos países de terceiro mundo com relação ao descumprimento de normas internacionais. Sua aplicabilidade, considerando os interesses dos países colonizados, acaba por limitar a ação destes países se adotada como mera reprodução em um contexto distinto do qual foi criado. Trata-se de discussão fundamental, que envolve várias áreas do direito, inserção e interesses dos países terceiro-mundistas no direito internacional. E para terem inserção e protagonismo na agenda de direito internacional, os debates se dão majoritariamente em inglês. Um estudante e profissional de direito que não possa acessar e participar desses debates ficará alheio a essas ferramentas e as

desconsiderará, em prejuízo da sua realidade de atuação, ou terá o discurso traduzido apenas em manuais superficiais jurídicos.

Outro exemplo é a crítica que Eslava e Pahuja (2011) fazem ao questionar a postura de um internacionalista perante o direito internacional. Eles propuseram uma teoria potencialmente emancipatória aos países terceiro-mundistas, na qual o trabalho é aprender a engajar e a viabilizar formas de resistência ao imperialismo em questões que geralmente escapam de um olhar estrangeiro, mas que permanecem regendo muitas vidas. Considerar a realidade dos estudantes de direito enquanto atores sociais, envolvendo toda a sua pluralidade, diversidade e particularidades sociais, políticas, culturais, econômicas e jurídicas dos países de terceiro mundo, colocaria o ensino de direito internacional como algo mais concreto na vida dos alunos e não dissociado da sua realidade nacional.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO PARTICIPATIVO

Não se pode ignorar o fato de que o modo como se ensina impacta no interesse - maior ou menor - dos alunos sobre determinada área de conhecimento. No Brasil, em geral, ensina-se Direito por meio de métodos tradicionais expositivos, no qual o professor centraliza todo o saber e repassa ao aluno informações.

Na lousa, por meio de *slides*, ou de leitura, o conteúdo vai sendo exposto aos estudantes, tidos como ignorantes e como depositários passivos do conhecimento, que devem absorver tudo o que de importante lhes está sendo transmitido, independentemente de suas experiências anteriores e de suas habilidades. Com o direito internacional não é diferente: “O ensino do direito internacional no Brasil é tecnicamente defeituoso, metodologicamente confuso e historicamente ultrapassado” (AMARAL JÚNIOR, 2016, p. 121).

Nessa perspectiva, o professor é o *centro do saber* e sua missão é repassar seu conhecimento. Da parte dos alunos, suas experiências de vida, a realidade que os cercam e suas diferenças individuais são tidas como irrelevantes.

Esse ensino expositivo e descolado da realidade do aluno, baseado em uma relação vertical e meramente passiva do estudante, que tem o professor como centro do processo de ensino-aprendizagem, detentor e transmissor do saber, não tem sido capaz de formar profissionais aptos a lidarem com a diversidade de situações e soluções que o cotidiano contemporâneo demanda.

As aulas transcorrem, em geral, em clima monótono, conduzidas por um professor que se ocupa em repetir manuais, cuja leitura bem poderia dispensar as exposições. Não se estimula o intercâmbio de opiniões sobre pontos controversos que dividem os Estados e os indivíduos em campos antagônicos. Os seminários, observados com certo descaso pelos alunos e professores, têm lugar em salas numerosas, onde a discussão raramente se verifica. Os alunos são levados a memorizar textos doutrinários ou decisões jurisprudenciais sem o indispensável uso público da razão por intermédio da crítica. O incentivo à pesquisa é esporádico e, quando se manifesta, não se dirige a aspectos que promovam a ampliação do conhecimento (AMARAL JÚNIOR, 2016, p. 123).

Atualmente, ainda sobrevive em grande parte das instituições de ensino brasileiras – principalmente de nível universitário e nas áreas de humanas – este modelo de ensino tradicional e arcaico, no qual o aluno é um mero receptor de informação, que não se sente responsável e nem mesmo parte do processo de ensino e aprendizagem.

Como afirma Ghirardi (2012), o método tradicional de ensino supõe que o momento da aula é um momento de transmissão de informação, estruturado por meio de aulas expositivas justificadas por entender que a qualidade das aulas é a apresentação clara e inteligente dos principais conceitos relevantes para determinada área. Ou seja, o objetivo desta metodologia é tão somente suprir uma lacuna de informações para adquirir determinado repertório.

Já a metodologia participativa de ensino “opta por construir o conhecimento e o ensino com base no concreto. Isto é, ela propõe que a observação do real é condição prévia ao esforço de teorização” (Ghirardi, 2012). Desta maneira, ainda que o aluno não tenha conhecimentos sobre alguns assuntos, ele não é tomado como uma tábula rasa e possui seu repertório de saberes para, partindo da realidade dele, construir ativamente o conhecimento sobre direito.

No mundo, e em algumas IES brasileiras, há um movimento nesse sentido. Muitos grupos de estudo de direito internacional, atividades de extensão e participação em competições internacionais (*Moot Courts*⁹) têm sido uma maneira de estudar a matéria. Ressaltamos que o modelo das competições e grupo de estudos tem sido importante para o desenvolvimento de habilidades como liderança, trabalho em equipe, argumentação escrita e oral, entre outras, fundamentais para a prática profissional, além do contato com o experiencial do direito internacional.

Por óbvio, há barreiras a serem superadas em nível nacional, tais como o idioma e custos de treinamento e viagens, mas com alguns grupos tem sido possível concretizar esse tipo de aprendizado participativo, mostrando-se bastante efetivo para o aluno e sociedade. Nesse ponto, reiteramos que o financiamento público da educação, em um país marcado por desigualdades socioeconômicas, é fundamental para superarmos barreiras de acesso não apenas ao ensino superior, mas às ferramentas necessárias a vivenciar o processo de aprendizagem da forma mais produtiva possível. Sabemos que o financiamento privado – por meio de empresas e indústrias – também pode ser uma realidade salutar, e que passa, necessariamente, pela compreensão de que precisamos melhor distribuir recursos para avançarmos como coletividade.

Destarte, aluno e professor passam a ocupar um lugar diferente no processo de ensino-aprendizagem. Inverte-se a lógica e o aluno passa a ser o centro de seu próprio aprendizado e torna-se agente da construção do seu saber, por meio de discussões, debates, simulações, *role-playing*, etc. O estudante desenvolve também outras habilidades como o raciocínio, o senso crítico, a argumentação, a noção para aplicação adequada do conhecimento adquirido e uma capacidade melhor para solução de problemas.

O professor, por conseguinte, passa a ocupar um outro papel em sala de aula, não mais central como detentor e transmissor da verdade, mas como um facilitador e guia dos alunos durante essa jornada de formação. O docente torna-se o condutor deste processo, que tem bastante clareza de onde se quer chegar, dos conteúdos e habilidades a serem desenvolvidos, dos meios que serão empregados e suas formas de aferir os resultados.

⁹ A título de exemplo temos como principais exemplos de competições internacionais: Interamerican Human Rights Moot Court Competition, Phillip Jessup Moot Court Competition (Direito Internacional Público), Willem C. Vis Moot Court Competition (Arbitragem Internacional), EMC2 Moot Court Competition (comércio Internacional – OMC)

Há, ainda, ferramentas que podem ser introduzidas nos planos de ensino, a fim de estimularem a participação dos discentes, também acomodados com o modelo tradicional de ensino; o uso de *cartoons*, vídeos curtos (v.g. TEDTalks), filmes, dentre outros, além de minimizarem os prejuízos de aulas meramente expositivas, contemplam aparatos tecnológicos que agradam as novas gerações por estarem inculcadas em seu cotidiano.

Precisamos nos adaptar a essas novas propostas, uma vez que professores e alunos precisam se sensibilizar para esse novo agir. Em direito internacional, é necessário estarmos dispostos a manter diálogos, leituras, interações em idioma estrangeiro, o que, *per sí*, é desafiador.

A resignificação dos papéis e atividades em sala de aula é inquestionável. Os discentes precisam fazer, realizar, mobilizar energia física e mental durante o período da aula, se afastando, cada vez mais, de um papel passivo, de ouvinte. Ao docente o mesmo desafio está reservado; reposicionar-se na relação professor-aluno, substituir o conceito rígido de hierarquia pela dinamicidade do respeito e da liderança – que são construídos e reforçados cotidianamente.

A metodologia de ensino participativa é um método que rompe com o paradigma, tendo como premissa o modelo no qual o aluno é o centro do processo de ensino-aprendizagem e a construção de conhecimento se dá de maneira horizontal e coletiva.

Docente e aluno saem da zona de conforto e o ensino passa a seguir uma outra lógica; não mais a da informação de conteúdo, mas a da formação de um profissional ativo no processo de aprendizagem e que utiliza do seu repertório de saber como ponto de partida para a compressão da realidade, construindo, então, novos saberes.

CONCLUSÃO

Após breve contextualização da realidade de ensino brasileira, voltemos ao questionamento: quais seriam as razões para um distanciamento dos estudantes para com o Direito Internacional?

Entendemos que todo o exposto – desde a alocação dos investimentos e concessão de incentivos para que a população ascenda ao nível superior de ensino ao o modo como se ensina o direito, e em especial o direito internacional - influencia o interesse(ou falta dele) e o desenvolvimento de habilidades desses futuros profissionais para atuar diretamente em searas como o Direito Internacional.

No currículo brasileiro, o direito internacional sempre foi apresentado como uma disciplina isolada das outras, mas, enquanto objeto de estudo, é muito mais amplo. Para além da divisão entre direito internacional público e privado, pode-se dizer que faz parte dele uma visão política e econômica como pano de fundo da esfera internacional. Por essa sua condição, faz mais sentido haver um currículo de graduação orientado para uma prática de direito internacional do que uma disciplina ou outra, desvinculadas das outras áreas.

Tomando a abordagem do TWAIL como exemplo, fica fácil refletir tendo esse olhar. A hegemonia dos países de primeiro mundo na produção de conhecimento científico, de normas internacionais e na discussão sobre o terceiro mundo torna-se mais evidente ainda se pensar na própria condição de sua existência. Debates que se dão em

inglês, normas e decisões criadas para a realidade de países com outras problemáticas e necessidades, bem como para a manutenção de seu *status quo*. Assim, não se torna cabível a mera aplicabilidade de soluções produzidas por países colonizadores e faz-se necessária uma tomada de posição que dê voz e protagonismo aos países de terceiro mundo.

Ademais, a discussão e produção científica de direito internacional praticamente toda realizada na língua inglesa por si só já constitui uma barreira para os estudantes brasileiros, já que apenas uma pequena parcela está apta a se comunicar nesse idioma. Com isso, são utilizados manuais traduzidos, nos quais já existe um recorte e que geralmente são vinculados a autores muito específicos. Estes, sendo suas únicas fontes de referência, impedem que o aluno explore outras obras, que acesso outras fontes, faça comparações, reflexões e expanda seus horizontes.

À parte dessas questões, sem dúvida que as escolhas sobre o recorte do que será ensinado como direito internacional e o que será excluído é uma escolha política e ideológica do professor. Por exemplo, na construção de um programa de ensino no qual se tem por objetivo apresentar e problematizar os principais entes e como se dá atuação do estado e de seus organismos nas relações com outros estados, a depender dos materiais e casos que o docente escolhe, poderá se compreender aspectos distintos das relações internacionais e seus desafios. Como explica Ghirardi (2012), cada professor, ao construir seu programa de ensino e planejar suas aulas (cada uma delas), deve forçosamente enfrentar um conjunto de escolhas e hierarquizações que constitui o recorte teórico e metodológico que define a perspectiva docente.

Um outro desafio que não pode ser desconsiderado é o tipo de material, em geral, utilizado nos cursos de direito. Como já mencionado, o principal recurso é o manual, ou seja, um livro didático bastante descritivo sobre as relações jurídicas. O problema desse tipo de material é a horizontalidade descritiva das informações, ou seja, manuais são panorâmicos e têm uma finalidade apenas de introduzir e resumir a temática para os alunos. A importância do material para um curso e para a formação do aluno é tanta que quando se escolhe trabalhar por meio de casos, é possível perceber uma maior aproximação da realidade, uma vez que à medida que se oferece a possibilidade de vivenciar um papel, o aluno passa a entender melhor a realidade e as implicações que podem ser extraídas de um caso real. Essa é uma forma interessante de se trabalhar.

Além disso, a metodologia arcaica de colocar o professor como centro do processo de ensino-aprendizagem e transmissor de informações para alunos que devem tão somente absorver o conteúdo exposto e reproduzi-lo, não tem resultado em profissionais aptos a lidarem com as demandas da realidade, cada vez mais internacionalizadas e inter-relacionadas.

Considerando a experiência com a metodologia de ensino participativa, que dá ferramentas aos estudantes para solucionarem problemáticas diversas, ela forma profissionais aptos a lidarem com problemáticas e soluções complexas, diferentemente da formação passiva, que os toma como mero reprodutores de leis.

Com isso, acredita-se que a metodologia de ensino participativa deve ser uma ferramenta fundamental para a qualificação dos cursos jurídicos. Se somada a um currículo orientado ao direito internacional, não mais encarado como uma parte isolada e especializada do currículo, e sim como uma área integrada à uma prática

internacionalizada, conseqüentemente haverá uma quebra de barreiras para seu aprendizado.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Problemas e Desafios do ensino do Direito Internacional no Brasil. In: Direito global e suas alternativas metodológicas. BADIN, Michelle Rattón Sanchez; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Orgs.). São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

ANGHIE, Antony; CHIMNI, B.S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. Chinese FL, 2003, p. 77-103.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Resolução CNE/CES nº 9/2004. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em 21 jul. 2017.

BRADFORD, Anu; BEM-SHAHAR, Omri. Efficient enforcement in international law. Vol. 12, nº 2, Chicago Journal of International Law, p. 375...

BRASIL. Portaria Normativa/MEC nº 23, de 01 de Dezembro de 2010.

FEFERBAUM, Marina et al. Observatório do Ensino do Direito – Relatório Outubro 2013: quem é o professor de direito no Brasil? Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/arquivos/anexos/oed_-_relatorio_01_-_quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Observatório do Ensino do Direito – Relatório Novembro 2014: quem oferece os cursos de Direito no Brasil? Disponível em: < http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_nov_2014quem_oferece_os_cursos_de_direito_no_brasil.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Observatório do Ensino do Direito – Relatório Novembro 2015: ensino superior 2013 – Instituições. O financiamento estudantil federal nos cursos jurídicos brasileiros. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_observatorio_do_ensino_do_direito_-_vol_2_n_2.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Ensino do Direito em debate: reflexões a partir do 1º seminário nacional de ensino jurídico e formação docente. São Paulo: DIREITO GV, 2013. Disponível em: < http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/ensino_do_direito_em_debate.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Ensino do direito para um mundo em transformação. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: < http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/ensino_do_direito_para_um_mundo_em_transformacao.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

GHIRARDI, José Garcez. Ainda precisamos de sala de aula? Inovação tecnológica, metodologias de ensino e desenho institucional nas faculdades de direito. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/ainda-precisamos-da-sala-de-aula.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/o_instante_do_encontro.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

IBGE: 1% da população ganha 36 vezes a renda média da metade mais pobre. Agência Brasil. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/ibge-1-da-populacao-ganha-36-vezes-renda-media-da-metade-mais-pobre>. Acesso em: 23 fev. 2018.

KRÜGER, Frederico Marcos. Evolução e adequação curricular do curso jurídico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7196>. Acesso em: 21 jul. 2017.

Luis, Eslava, Pahuja, Sundhya. Between resistance and reform: TWAIL and the universality of international law. Vol. III, nº 1, Trade, Law and Development, 2011, p. 103-130.

MICKELSON, Karin. Retic and rage: third world voices in international legal discourse. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 16, nº 2, 1998, p. 353-419.

_____. Taking stock if TWAIL histories. *International Community Law Review*, 10, 2008, p. 355-362.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): theory, methodology, or both? *International Community Law Review* 10, 2008, p. 371-378.

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.